Der Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinne

179

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0042

Der Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinne.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Friedrich Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Alfred Holl

aus München, Rechtspraktikant am k. Amtsgerichte zu Immenstadt.

Approbiert am 5. Dezember 1907.

Kempten.
Buchdruckerei der Jos. Kösel'schen Buchhandlung.
1908.

Referent: **Univ.-Professor Dr. Philipp Allfeld.**

In treuer Dankbarkeit

meiner lieben Mutter

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

1. Buch.

Geschichtliche Entwicklung des Beamtenbegriffs.

§ 2. Römisches Recht 4
§ 3. Kanonisches Recht 5
§ 4. Gemeines Recht 5
§ 5. Preussiches Landrecht 6

2. Buch.

Der Beamtenbegriff im Reichsstrafgesetzbuch.

1. Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

§ 6. Begriff des Beamten im RStGB. überhaupt 7
§ 7. Begriff des Beamten nach § 359 RStGB. 11
§ 8. Geltungsbereich des § 359 11

2. Abschnitt.

Besonderer Teil.

Begründung des Dienstverhälnisses und Erwerb der Beamteneigenschaft.

§ 9. Allgemeines 13

1. Kapitel.

Die Anstellung.

I. Erwerb der Beamteneigenschaft durch ausdrückliche Anstellung.

§ 10. Begriff der Anstellung 14
§ 11. Form der Anstellung 18
§ 12. Dauer der Anstellung 21
§ 13. Inhalt der Anstellung und Natur der Dienste 25
§ 14. Momente, die keine Voraussetzungen für den Erwerb der Beamteneigenschaft bilden 30

I. Diensteid, bezw. besondere Verpflichtung 30
II. Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Dienste 32
III. Tatsächliche Bekleidung des Amtes 33

Seite

II. Erwerb der Beamteneigenschaft durch stillschweigende Anstellung.

§ 15. 1. Stillschweigende Anerkennung oder Genehmigung 34
§ 16. 2. Rückschluss auf die Beamteneigenschaft aus der Natur der tatsächlich geleisteten Dienste 35

2. Kapitel.

Die Anstellungsberechtigten.

§ 17. Allgemeines 37
§ 18. 1. Der Staat 38
§ 19. 2. Die Kommunalverbände 40
§ 20. 3. Privatkorporationen und Privatpersonen 46

3. Kapitel.

§ 21. Die Angestellten 48
§ 22. Notare, Advokaten und Anwälte 50

3. Abschnitt.

§ 23. Beendigung der Beamteneigenschaft 52
Anhang 53
Literatur 55

§ 1.

Einleitung.

Alles fliesst, sagt schon der weise Grieche Heraklit. So auch die Begriffe: sie fliessen, ändern ihren Sinn, richten sich nach den wechselnden Geistesströmungen der Zeit, prägen und formen sich um nach neuen Ideen, nach neuen Wissensfortschritten. Starre Grenzen ihnen vorzuschreiben, wäre unfruchtbarer Widerstand gegen den siegreichen Sturmschritt der Entwicklung. So ist es auch mit dem Recht; es gehört hinein in den wogenden Kampf, der Menschenleben heisst.

Auch der Begriff des Beamten gehört zu der Reihe solch' fliessender, schwankender Begriffe. Was wusste man früher von einem „Beamten"? Wie verschieden ist die Auffassung der Beamteneigenschaft im römischen, kanonischen, gemeinen, preussischen und modernen Recht? Ueberall fortwährende Veränderung und Weiterentwicklung. Und den Schlussstein dieser Entwicklung bildet die Frage: „Wer ist nach heutigem, geltendem Rechte als Beamter anzusehen?"

Diese Frage beantwortet sich in erster Linie nicht nach dem Strafrechte, sondern aus dem allgemeinen, öffentlichen Rechte. Eine Einengung oder auch Erweiterung des Beamtenbegriffs nach öffentlichem Rechte durch das Strafrecht ist wohl möglich, nicht dagegen eine Neuschaffung, da eben die Wurzel des Beamtenbegriffes gar nicht im Gebiete des Strafrechts liegt. Das Reichsstrafgesetzbuch hat daher in § 359 auch nur eine abstrakte Legaldefinition zu geben versucht, indem es dabei eine Reihe staatsrechtlicher Begriffe, wie „Reich", „Bundesstaat", „unmittelbarer oder mittelbarer Dienst", „Anstellung", als gegeben voraussetzt. Mit gutem Rechte wurde der Begriff des Beamten nicht in eine starre Form gegossen, wurde nicht eine kurze, bündige „Definition" im strengen Sinne aufgestellt. Einem solchen Unternehmen hätten auch wohl die Verschiedenheiten der Amtsorganisationen in den deutschen Bundesstaaten kaum überwindliche Schwierigkeiten entgegenstellt. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr damit begnügt, für den Begriff des Beamten einen allerdings ziemlich dehnbaren Rahmen aufzustellen und damit dem Richter bei Beurteilung der Beamtenqualität im Sinne des Strafgesetzes

ein Hilfsmittel an die Hand zu geben. Ob dieses Hilfsmittel gerade besonders gut ausgefallen ist, kann bezweifelt werden; seine Ungenauigkeit erklärt wenigstens die Unzahl von Meinungsdifferenzen, die zwischen den verschiedensten Gerichten und dem Reichsgericht bezüglich des § 359 RStGB. zu Tage getreten sind. Allerdings ist zuzugeben, dass es oft recht schwierig ist, einen Beamten nach § 359 von einem Nichtbeamten zu unterscheiden. Die Grenzlinien zwischen beiden Personenkreisen werden in der neuzeitlichen Staatsentwicklung äusserlich wie innerlich fortwährend undeutlicher und verschwommener. In zwei Punkten ist im wesentlichen der Grund für diese Erscheinung zu finden.

Auf immer weitere Gebiete des menschlichen Schaffens und Wirkens erstreckt der Staat seine Tätigkeit, richtet er seine Aufmerksamkeit, Fürsorge, Aufsicht. Anscheinend rein gewerbliche Formen der Betätigung stellt der Staat in seine, d. h. der Allgemeinheit Dienste und erhebt sie dadurch zu staatlichen, zu öffentlich-rechtlichen Funktionen. Man denke nur z. B. an das gewaltige Gebiet der Versicherung mit ihren verschiedenen Arten! Ist ein Agent irgend einer Lebensversicherungsgesellschaft, ein Schreiber bei einer Versicherungsanstalt, ein Schaffner oder Weichensteller bei einer Privateisenbahn, ein Kaminkehrer, Fleischbeschauer, Gemeindediener, Feldgeschworener usw. als Beamter nach § 359 anzusehen oder nicht? Die Antwort darauf wird sich erst geben lassen nach oft recht mühsamer und langwieriger Durchforschung der einschlägigen, in den einzelnen deutschen Staaten bestehenden staatsrechtlichen Verhältnisse, der behördlichen Organisation, der Zuständigkeitsabgrenzung, der einzelnen Anstellungsverfügung mit ihren Beschränkungen und eventuellen Klauseln.

Damit im Zusammenhang steht ein zweites Moment: Diese gewaltige Ausdehnung der Aufgaben des Staates, insbesondere auch auf sozialpolitischem Gebiete, rückt vor allem die Frage in den Vordergrund: „durch wen soll der Staat all diese Aufgaben erfüllen lassen?“ Soll er staatliche Funktionen nur von ständig hiefür angestellten, das Amt als Lebensberuf führenden Organen ausüben lassen? Einem derartigen Vorhaben würden schon finanzielle Rücksichten entgegenstehen. Hier bietet sich dem Staate ein ebenso bequemer wie billiger Ausweg: eine Menge von staatlichen Funktionen werden eben Privatpersonen in widerruflicher Weise als Nebenbeschäftigung übertragen: so gelten z. B. die bei einer Privateisenbahn angestellten Personen insoweit als „Beamte“, als sie bahnpolizeiliche Funktionen ausüben, also eine der Aufgaben des Staates, Sorge für Sicherheit und Ordnung, erfüllen. Die Folge ist, dass, wenn ein und dieselbe Person anscheinend in gleicher Art und Weise tätig wird, sich amtliche und nicht-amtliche Beziehungen bei ihr derartig durch-

mengen und durchkreuzen, dass es oft sehr schwierig wird, diese Beziehungen begrifflich von einander zu sondern, und die Grenzlinien zwischen Beamten und Nichtbeamten genau festzustellen. Zur Lösung gerade dieser Aufgaben hat nun der Gesetzgeber dem Richter den § 359 an die Hand gegeben. Der in diesem § 359 aufgestellte Beamtenbegriff soll daher einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

Zunächst aber soll noch ein kurzer Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung des Beamtenbegriffs gegeben werden.

1. Buch.

Geschichtliche Entwicklung des Beamtenbegriffs.

§ 2.

Das römische Recht.

Der Wert der Betrachtung des Werdeganges eines Zustandes, Rechtes oder Begriffes ist so allgemein anerkannt und so klar zutage liegend, dass auch hier, wenn auch gerade keine ausführliche Geschichte, so doch wenigstens ein kurzer Abriss über den Entwicklungsgang des Beamtenbegriffs gegeben werden soll.

Natürlich richtet sich zuerst der Blick auf die Altmeister der Rechtswissenschaft, auf die Römer. Aber so fein sie zahlreiche Rechtsinstitute durchdacht, so klar sie viele Begriffe festgestellt und umschrieben haben, vergeblich sucht man nach einer allgemeinen Definition des Beamtenbegriffs. Der Grund hiefür liegt wohl darin, dass das alte römische Gemeinwesen so unendlich viel weniger Aufgaben zu erfüllen hatte, als der moderne Staat. Die wenigen Aufgaben Roms in öffentlich-rechtlicher Hinsicht erforderten auch wenig Beamte; dieselben konnten daher auch ohne Schwierigkeit einzeln aufgezählt werden; die Prägung eines eigenen Beamtenbegriffs war daher in Rom überflüssig. Gleichwohl aber legten die Römer im einzelnen Falle auf die Beamtenqualität grosses Gewicht: das Verbrechen im Amte wird schwerer bestraft. So heisst es z. B. im codex Theodosianus, der ersten amtlichen Sammlung der Konstitutionen von Konstantin ab 10, 4, 1 folgendermassen: „gravior poena constituenda est in hos, qui nostri iuris sunt et nostra debent custodire mandata". Dabei zählt das römische Recht verschiedene Kategorien von Beamten auf und rechnet zu ihnen auch die Priester, was nicht wundernehmen kann, da ja die römische Religion Staatsreligion war[1]), mithin ihre Ausübung zu den staatlichen Aufgaben gehörte. So heisst es in den Digesten (D, XLVIII, 13, de lege Julia ambitus § 1):

[1]) Daraus erklärt sich ja auch die feindliche Haltung der römischen Kaiser gegen die Christen, deren Religion eine Weltreligion war, sich mithin gegen eine Einrichtung des römischen Staates wendete!

„Quodsi in muncipio contra hanc legem magistratum aut sacerdotium quis petierit: per S. C. centum aureis cum infamia punitur".

§ 3.

Das kanonische Recht.

Eine Fortbildung, bezw. Neubildung des staatlichen Beamtenbegriffs konnte durch das kanonische Recht nicht erfolgen. Der politische Staat stand ja ausserhalb der Kompetenz des kanonischen Rechtes.

Dagegen war im kanonischen Rechte selbst der Boden für die Bildung eines Beamtenbegriffs günstig. Die Kirche nahm grosse Gebiete in ihre Hand, Gebiete, welche der weltliche Staat so ziemlich hatte brach liegen lassen. So ist z. B. zu nennen das Armenwesen, das Schulwesen, ferner das Missionswesen, dann die ausgedehnte straf- und zivilgerichtliche Tätigkeit der Kirche. Für all diese Gebiete bedarf es einer grossen Anzahl von Organen, die nun nicht mehr einzeln aufgezählt werden können. Das kanonische Recht sucht daher nach einem Beamtenbegriff.

Zuerst wurde der Schwerpunkt auf die Amtsverleihung verlegt; diese wurde, als das für den Begriff eines Beamten Wesentliche angesehen. Das hing zusammen mit der Formel von der göttlichen Mission. Kraft besonderer Weihe und damit verbundener Amtsverleihung war der Betreffende von Gott berufen, für das weltliche und geistige Wohl der Menschen tätig zu werden. Er war dadurch in einen erhöhten Pflichtenkreis getreten, was natürlich auch mit erhöhter Verantwortlichkeit verbunden war, d. h. die Beamtendelikte wurden strenger bestraft.

Späterhin dringen immer mehr und mehr die zivilrechtlichen Formeln des römischen Rechts über das Mandats- und Kontraktsverhältnis in das kanonische Recht ein. Die natürliche Folge davon ist, dass im Laufe der Entwicklung das Schwergewicht auf die Besoldung des Beamten gelegt wird. Das Verhältnis des Beamten zu dem ihn anstellenden Gemeinwesen regelte sich nunmehr nach der Formel: „do, ut facias." Beamter war derjenige, der vom Staate, bezw. von der Kirche für seine Tätigkeit und Mühe eine entsprechende Entschädigung erhielt.

§ 4.

Das gemeine Recht.

Aehnlich wie im römischen Rechte lagen hinsichtlich des Beamtenbegriffs die Verhältnisse im alten deutschen Reich. Auch die Rezeption brachte über den Beamtenbegriff nichts Neues nach Deutschland. Und hier selbst produktiv tätig zu werden, gelang dem gemeinen Rechte

nicht. So gedenkt die constitutio criminalis Carolina von 1532 der Beamten überhaupt nur an drei Stellen:

Art. CXV bedroht die Prävarikation d. h. die Bedienung beider Parteien desselben Rechtsstreites durch den nämlichen Prokurator mit Strafe: „Straff der procurator, so iren partheien zu nachtheyl geverlicher fürsetzlicher weiss den widertheylen zu gut handeln."

Art. CLXXX bedroht mit Strafe den Gefängnisbeamten, der die ihm anvertrauten Gefangenen absichtlich entweichen lässt: „So ein hütter der peinlichen gefengknuss eynem gefangen ausshilft."

Art. CCV endlich verbietet dem Richter, irgend welche Belohnungen von seiten des Anklägers für die Bestrafung des Verbrechens anzunehmen: „wie die Richter von Straffung der übelthetter keyn sonderliche belohnung nemen sollen."

Damit sind die Bestimmungen der C.C.C. über die Beamten erschöpft. Und dabei blieb auch späterhin das gemeine Recht stehen. Erst das preussische Landrecht sollte wieder einen neuen frischen Schwung in diese Frage bringen.

§ 5.

Das preussische Landrecht.

Der Geist der Aufklärung, der gegen Ende des 18. Jahrhunderts sich überall siegreich Bahn brach, musste auch auf die Auffassung vom Staate und seinen Aufgaben eine Rückwirkung ausüben. So haben insbesondere Montesquieu in seinem „Esprit des lois" und Rousseau im „Contrat social" das unbeschränkte Königtum bekämpft und neue Staatslehren aufgestellt. So konnte es kommen, dass der grosse Preussenkönig Friedrich II. den Satz aussprach: „Der König ist der erste Diener des Staates." Auf diesen idealen Standpunkt stellt sich auch das preussische Landrecht von 1794: „Die Beamten sind Diener des Staates", ein Satz, der nur dem Geiste der Aufklärung entspringen konnte. § 1, II, 10 des allgemeinen Landrechtes bezeichnet als die Bestimmung der Beamten, die Sicherheit, die gute Ordnung und den Wohlstand des Staates unterhalten und fördern zu helfen. Bei dem frischen Aufschwung, den um jene Zeit die Rechtswissenschaft nahm, kann es nicht Wunder nehmen, wenn die verschiedensten Versuche gemacht werden, den Begriff des Beamten klar und deutlich zu definieren. Doch macht das Streben nach Aufstellung einer alle einzelnen Fälle umfassenden Definition die Formeln teils unrichtig und vielfach zu weit, indem auch Personen, die nicht Beamte sind, wie Aerzte, Apotheker, in ihren Rahmen gebracht werden können [1]), teils ungenau, indem die Bezeichnung der zu ver-

[1]) Goltdammer, Materialien zum preussischen Strafgesetzbuch I S. 517.

waltenden Geschäfte zu allgemein und unbestimmt gehalten ist.[1]) Auch das preussische Obertribunal beschäftigte sich mit dieser Frage. Eine Entscheidung vom 25. März 1859 führt aus, dass nach den Vorschriften des preussischen allgemeinen Landrechtes unter einem Staatsdiener eine Person zu verstehen sei, welche den bestimmten Beruf von dem Landesherrn oder einem anderen dazu Berechtigten empfangen habe, für einen der sog. Zwecke des Staates in einem gewissen Umfange tätig zu sein. Eine Entscheidung vom 8. Februar 1867 geht dahin, dass als Beamter jeder zu betrachten sei, der in gesetzlicher Weise dazu berufen werde, als Organ der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität für die Herbeiführung der Zwecke des Staates tätig zu sein.

So hatte sich bis in die sechziger Jahre die ganze Frage doch so weit entwickelt, dass gewisse Punkte, wie Inhalt und Umfang der Beamtenpflichten, Mitwirkung der Staatsgewalt bei Uebertragung dieser Pflichten übereinstimmend als Criterien der Beamteneigenschaft betrachtet wurden. Als dann für den norddeutschen Bund und, nachdem das Jahr 1870/71 Deutschland die lang ersehnte nationale Einheit gebracht hatte, für die gesamten deutschen Lande ein gemeinsames Strafrecht geschaffen werden sollte, kam natürlich auch die Frage nach dem Begriffe des Beamten aufs neue ins Rollen. Da eine präzise Definition wegen der allzu grossen staatsrechtlichen Verschiedenheiten in den einzelnen Bundesstaaten nicht möglich war, begnügte man sich damit, nur einen allgemeinen und weit gehaltenen Rahmen aufzustellen:

„Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes sind zu verstehen alle im Dienste des Reiches oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit, oder nur vorläufig angestellten Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwälte.“

---

2. Buch.

Der Beamtenbegriff im Reichsstrafgesetzbuch.

1. Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

§ 6.

Begriff des Beamten im Reichsstrafgesetzbuch überhaupt.

Das Wort „Beamter“ findet sich im Reichsstrafgesetzbuch an den verschiedensten Stellen, aber ohne einen richtigen Zusammenhang.

[1]) Koch, Kommentar zum A. L. R. Nr. 2 zu § 1, II, 10.

Dazu tritt noch ein zweiter Begriff, von dem man meinen sollte, er müsse sich mit dem Arbeitskreis eines Beamten decken, was aber nicht der Fall ist, das ist nämlich der Begriff „Amt". Beide Begriffe „Beamter" und „Amt" sind von verschiedenem Umfange, bildlich ausgedrückt kann man sie mit zwei sich schneidenden Kreisen vergleichen. Was zunächst das Verhältnis des § 359, in dem der Begriff „Beamter" erörtert wird, und des § 31, in dem von „öffentlichen Aemtern" gehandelt wird, anlangt, so ist § 31 zweifelsohne der weitere §. Denn hier werden zu den öffentlichen Aemtern ausdrücklich die Advokatur, die Anwaltschaft und das Notariat, sowie der Geschworenen- und Schöffendienst gerechnet, während doch Advokaten und Anwälte, Schöffen und Geschworene nicht als „Beamte" gelten. Es ist also nicht jeder, der ein öffentliches Amt bekleidet, darum schon Beamter. Es bedarf dazu vielmehr noch eines wichtigen Momentes, der „Anstellung". Wer sein Recht zur Verwaltung eines Amtes aus einem Privatrecht oder aus einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung herleitet, hat die Beamteneigenschaft nicht. Das trifft z. B. zu, wenn Verrichtungen ausgeübt werden in Erfüllung einer allgemeinen Untertanenpflicht.[1]) So sind Personen, die ihrer militärischen Dienstpflicht genügen, nicht Beamte. Anders dagegen ist es bei den berufsmässigen Militärpersonen: „Offiziere" sind Staatsbeamte.[2]) Aber selbst der im Gesetz gebrauchte Ausdruck „Anstellung" ist für die Beamteneigenschaft nicht unbedingt entscheidend. So ist z. B. mit jenem Ausdruck in der Gewerbeordnung § 36 lediglich die für gewisse Fälle erforderliche Konzessionserteilung an einzelne Gewerbetreibende bezeichnet.[3]) Auch in dem Erlass gesetzlicher Bestimmungen, wonach den Zeugnissen gewisser Personen eine amtliche Beweiskraft eingeräumt ist, ist ein als „Anstellung" zu bezeichnender Akt der Berufung noch nicht zu finden.[4])

Die Ausdrücke „Beamter" und „Inhaber eines öffentlichen Amtes" im Sinne des RStGB. sind also nicht gleichbedeutend; die eigentliche Bedeutung des letzteren Ausdrucks liegt im Gebiete des Disziplinarstrafrechts. Der Begriff des „öffentlichen Amtes" selbst ist nun nicht als Gegensatz zu einem Privatamte aufzufassen, sondern[5]) als öffentliches Amt ist nur diejenige Stellung anzusehen, vermöge deren jemand dazu berufen ist, im Dienste des Reiches oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaates als Organ der Staatsgewalt für die Zwecke des Staates tätig zu sein. Im selben Sinne findet sich der Begriff „öffentliches Amt" noch in einer Reihe von §§: 33, 34, 35, 36, 132.[6])

---

[1]) Verschieden von der gesetzlichen Verpflichtung zur Uebernahme eines Amtes.

[2]) E XX, 268, XXIII, 17, XXIX, 15. — [3]) E IV, 421, XVIII, 37.
[4]) R VI, 26. — [5]) E X, 199, XXXVI, 435. — [6]) E XXXVI, 435.

Ganz anders dagegen ist der Begriff „Amt“ in den §§ 222, 230 zu verstehen. Dieser Begriff ist weder im Sinne des § 359 noch im Sinne des § 31 aufzufassen. Denn § 359 einerseits verlangt eine Anstellung der betreffenden Person[1]) im Dienste des Reiches oder eines Bundesstaates. §§ 222 und 230 dagegen fordern nur, dass der Täter die Aufmerksamkeit aus den Augen setzte, zu der er vermöge seines „Amtes“ besonders verpflichtet war. § 31 andererseits handelt von „öffentlichen“ Aemtern; in den Fällen der §§ 222, 230 ist aber der Charakter des Amtes als eines öffentlichen nicht von Belang. Sondern in den §§ 222, 230 kommt es nur auf die Art der gewählten Tätigkeit an; wenn diese eine besondere Erfahrung, Kenntnis, Uebung voraussetzt, so wird dadurch eben auch eine Pflicht zu erhöhter Aufmerksamkeit begründet, die Verantwortlichkeit gesteigert. Das Gleiche gilt auch für den Ausdruck „Beruf“ in denselben §§. „Beruf“ ist gegenüber „Amt“ der weitere Begriff. „Beruf“ umfasst jede selbstgewählte Lebenstätigkeit, welche aber nicht notwendig amtlicher oder gewerblicher Art zu sein braucht. In jedem Falle aber begründet „Beruf“ die Verpflichtung zu besonderer Sorgfalt und zugleich eine höhere Verantwortlichkeit für Anwendung der erforderlichen Einsicht und Sachkunde, als unter gleichen Verhältnissen bei jedem Anderen gefordert werden muss.[2])

Der Beamtenbegriff des § 359 ist auch nicht in dem weiteren Sinn zu verstehen, in welchem § 34a des Krankenversicherungsgesetzes vom „Amte eines Vormundes“ oder § 81 der Konkursordnung vom „Amte des Konkursverwalters“ spricht. Belanglos ist in dieser Beziehung die Bestimmung des § 34a des Krankenversicherungsgesetzes, wonach die Mitglieder des Vorstandes ihr Amt als Ehrenamt verwalten und eine Wiederwahl nach zweijähriger „Amtsführung“ ablehnen dürfen. Die Mitglieder des Vorstandes einer Ortskrankenkasse sind nicht als Beamte nach § 359 anzusehen. Vor allem fehlt es hier an der „Anstellung“ der Vorstandsmitglieder. Auch der Gesetzgeber ist von dieser Anschauung ausgegangen: er hat in § 74 des Invalidenversicherungsgesetzes dem Vorstand der Versicherungsanstalt die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde, den Mitgliedern des Vorstandes die Eigenschaft von bestellten Beamten ausdrücklich beigelegt, während im Krankenversicherungsgesetze eine solche Bestimmung fehlt.[3])

Die drei Begriffe: Beamter, öffentliches Amt und Amt, sind nun im ganzen RStGB. zerstreut, ohne einheitlichen Gesichtspunkt. Erst am Schlusse des RStGB. hat der Gesetzgeber noch ein Beamtenstrafrecht geschaffen, anscheinend in etwas grosser Eile, denn von einer systematischen Ordnung des 28. Abschnitts kann nicht die

---

[1]) E XXII, 419. — [2]) E I, 203.
[3]) E XIX, 85. Vergl. auch „Amt“ des Testamentsvollstreckers BGB. § 2202 und „Amt des Nachlassverwalters. BGB. § 1987.

Rede sein; eigentliche [1]) und uneigentliche [2]) Amtsdelikte gehen bunt durcheinander; dazwischen hinein hat sich gar ein § verirrt, der überhaupt gar kein „Verbrechen oder Vergehen im Amte“ bildet; das ist § 333, der die aktive Bestechung unter Strafe stellt. Der schwache Faden, der den § 333 mit dem 28. Abschnitte verknüpft, besteht darin, dass das Objekt der Bestechung ein Beamter ist! Dieser Umstand kann aber doch ein Delikt noch nicht zu einem Verbrechen oder Vergehen „im Amte“ machen! Auch einzelne Strafdrohungen gegen Personen, die wohl ein Amt inne haben, aber nicht „Beamte“ sind, enthält der 28. Abschnitt: §§ 334. 336, 338, 352. Andererseits fehlen wieder zahlreiche, von reichswegen mit Strafe zu belegende Amtsverbrechen. Das sind die strafbaren Handlungen der Offiziere, die in einem besonderen Gesetz, im Reichsmilitärstrafgesetzbuch normiert sind, obwohl Offiziere nichts Anderes als „Beamte“ sind.

Dazu kommen noch mehrere Beamtendelikte im RStGB. selbst, aber ausserhalb des 28. Abschnittes.

So wird nach § 140 Ziff. 2 ein Offizier, der ohne Erlaubnis auswandert, wegen Verletzung der Wehrpflicht bestraft. Bestimmte Beamte werden nach § 174 besonders streng bestraft.

Notare, welche unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes anvertraut sind, sind in § 300 unter Strafe gestellt.

So bietet die willkürliche systemlose Regelung dieser ganzen Materie gerade kein glänzendes Bild. Da bestimmte Stände ihre besonderen Pflichten haben, infolgedessen auch eine Verletzung solch besonderer Pflichten möglich ist, bedarf es dafür auch besonderer Strafbestimmungen. Darin liegt die Berechtigung der Aufstellung eines besonderen Beamtenstrafrechts.[3]) Je grösser aber ein Stand ist und je mannigfaltiger sein Pflichtenkreis, um so mehr würde eine systematische Zusammenfassung der den fraglichen Stand betreffenden Strafgesetze angezeigt erscheinen. Leider ist diese Aufgabe in unserem RStGB. nicht ganz vollkommen gelöst. Vielleicht bringt die bevorstehende Reform des RStGB. auch in diese Materie etwas mehr Ordnung.

Am Schlusse des 28. Abschnittes nun hat der Gesetzgeber noch einen § aufgestellt, der um die sämtlichen Amtsdelikte innerhalb und ausserhalb des 28. Abschnittes ein gemeinsames Band schlingt, der aber nicht weniger auch für die zahlreichen Fälle, in denen der „Beamte“ als Objekt vorkommt, von grösster Bedeutung ist, das ist nämlich der § 359; er gibt eine Art Definition des Begriffes „Beamter“.

---

[1]) §§ 331, 332. 334I, 336, 338, 339, 343, 344, 345, 346, 348II, 351, 352, 353, 353a, 354, 355, 356, 357.

[2]) §§ 340, 341, 342, 347, 348II, 350, 354, 355, 357 „uneigentliche“ Amtsdelikte, d. h. solche Delikte, bei denen die hervorgehobene Eigenschaft des Täters als Beamten einen straferhöhenden Umstand i. S. d. StrPO. §§ 262, 264, 266, 295 bildet, sind ferner noch enthalten in den §§ 128, 129, 222, 230, 300, 316, 318, 322. — [3]) Vergl. Motive zu dem Entwurfe eines RStGB. für den norddeutschen Bund S. 181.

§ 7.

Der Begriff des Beamten nach § 359 RStGB.

Der Sprachgebrauch verwendet den Ausdruck „Beamter“ in bedeutend weiterem Umfange, als die Strafgesetzgebung, die z. B. Privatbeamte, Fabrikbeamte, Vereinsbeamte usw. nicht darunter begreift. Aber auch die Strafgesetzgebung selbst gebraucht den Ausdruck „Beamter“ nicht überall im gleichen Sinn. Das RStGB. hat den Ausdruck „Beamter“ durch den § 359 ausdrücklich beschränkt auf „alle im Dienste des Reiches oder eines Bundesstaates angestellten Personen“.

Der Begriff des Beamten ist nun staatsrechtlich ausserordentlich bestritten. Da aber die staatsrechtliche Definition des Beamten für den strafrechtlichen Beamtenbegriff nicht massgebend ist, so braucht auch hier auf die staatsrechtlichen Streitfragen nicht näher eingegangen zu werden. Gerade um wenigstens einen grossen Teil der obwaltenden Zweifel auszuschliessen, ist § 359 aufgestellt worden. Darnach ist als Beamter anzusehen, wer im unmittelbaren oder mittelbaren Interesse des „Staates“ zur Leistung von „Diensten“ „angestellt“ ist. Dass diese Formel ungenügend ist, wird später noch erörtert werden; denn als wesentliches Merkmal muss die Leistung von „Diensten öffentlich-rechtlicher Natur“ gefordert werden. Dass die Leistung von „ständigen“ Diensten nötig sei[1]), dürfte nicht richtig sein. Unabhängig ist die Beamteneigenschaft auch von den dienstpragmatischen Bestimmungen der Gesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten, von Auferlegung bestimmter Beamtensonderpflichten, von Gewährung gewisser Beamtensonderrechte, von Dauer der Anstellung, eidlicher Verpflichtung, Benennung der einzelnen Beamtenkategorien und der Beamten. Entscheidend für die Beamteneigenschaft sind lediglich folgende Erfordernisse, auf die später noch näher eingegangen werden wird:

1) „Anstellung“ durch die zuständige amtliche Stelle.

2) „Dienstverhältnis zum Staate“, sei es unmittelbar, sei es mittelbar.

3) „Leistung von Diensten öffentlich-rechtlicher Natur.“

§ 8.

Geltungsbereich des § 359.

Eine Streitfrage muss zunächst noch kurz behandelt werden: Die Frage nach dem Geltungsbereich des § 359. Dass sich § 359 nicht auch noch auf andere Gesetze als strafrechtliche beziehen kann, ist klar. Es handelt sich nur darum, ob § 359 für das ganze

[1]) Kamptz S. 78.

Strafgesetzbuch oder nur für den 28. Abschnitt Geltung hat. Auch die letztere Ansicht ist in der Literatur vertreten. Doch dürfte das nicht richtig sein. Ebenso gut könnte man behaupten, § 52^{II} gelte nur für den 4. Abschnitt. § 52^{II} bestimmt nämlich, wer als „Angehöriger" im Sinne dieses Strafgesetzes anzusehen sei. Diese Bestimmung kommt aber nicht nur bei § 52^{I} und 54, sondern ebenso gut auch bei den §§ 213, 247, 257, 258, 263, 370^{5}, zur Anwendung. Es ist darin noch nie ein Zweifel gesetzt worden. Warum sollte nun plötzlich bei § 359, wo die Sache doch genau ebenso wie bei § 52^{II} liegt, der Gesetzgeber etwas Anderes gewollt haben? Oder sollte sich etwa der § 31^{II}, woselbst gewisse Tätigkeiten unter öffentliche Aemter im Sinne dieses StG. mitinbegriffen werden, nur auf den 1. Abschnitt beziehen? Diese Bestimmung gilt ebenso auch für § 132, wohl auch für E. G. § 5.

Man könnte immerhin einwenden, § 52 und § 31 steht im allgegemeinen, § 359 im besonderen, von den Amtsdelikten handelnden Teil. Aber § 359 würde eben in den allgemeinen Teil gehören und seine Stellung bei den Amtsdelikten erklärt sich wohl nur aus der Eile, mit der der 28. Abschnitt geschaffen wurde. Hätte übrigens der Gesetzgeber die Absicht gehabt, dass § 359 nur für den 28. Abschnitt gelten solle, so hätte er sich sicher genauer ausgedrückt, vielleicht mit den Worten: „im Sinne dieses Abschnittes". So aber heisst es ausdrücklich: „im Sinne dieses Strafgesetzes". „Dieses Strafgesetz" aber ist eben das vorliegende RStGB. Der Beamtenbegriff im RStGB. regelt sich daher ausdrücklich nach den Bestimmungen des § 359.[1]) § 359 kommt also für folgende Paragraphen zur Anwendung: §§ 4, 113, 114, 116, 117, 122, 128^{II}, 129^{II}, 133, 134, 136, 137, 155, 174 Z. 2 und 3, 196, 300, ferner für den 28. Abschnitt und für die §§ 360 Z. 8 und 365. Wenngleich nun hiernach § 359 sich äusserlich auf das RStGB. beschränkt, so reicht doch seine Bedeutung darüber hinaus; denn er enthält einen Grundsatz, der in den allgemeinen Teil gehören würde. Da nun der „allgemeine Teil" die bei allen oder den meisten einzelnen strafbaren Handlungen gleichmässig zur Anwendung gelangenden Grundsätze aufstellt, so ist § 359 auch anwendbar auf alle neben dem RStGB. in Geltung bleibenden Strafbestimmungen, die von den Beamten im allgemeinen handeln; nur dürfen natürlich nicht für diese oder jene Personen etwa spezielle Vorschriften vorliegen, da diese ja vorgehen würden.

---

[1]) R. G. II 16. Juni 1896; E XXIX 15.

2. Abschnitt.

Besonderer Teil.

Begründung des Dienstverhältnisses und Erwerb der Beamteneigenschaft.

§ 9.

Allgemeines.

Das Dienstverhältnis des Beamten und somit die Beamteneigenschaft wird begründet durch die „Anstellung", d. h. durch die Anstellung seitens des Staates oder wenigstens durch die staatliche Anerkennung der von anderer Seite etwa erfolgten Berufung. Der Ausdruck „Anstellung" ist dabei nicht ausschlaggebend. So wird z. B. mit jenem Ausdruck im § 36 der Gewerbeordnung lediglich die für gewisse Fälle erforderliche Konzessionserteilung an einzelne Gewerbetreibende bezeichnet.[1]) Ebenso gut können andere Ausdrücke wie „Berufung", „Uebertragung", „Beschäftigung", „Annahme" usw. gewählt werden. Die allgemeine Dienstanweisung für Post und Telegraphie z. B. vermeidet es, von einer Anstellung der Postagenten zu reden, sondern zieht es vor, auf die „Annahme" oder „Beschäftigung" derselben im Postdienste Bezug zu nehmen. Im Sinne des § 359 ist „als angestellt" jeder zu betrachten, der auf irgend eine Weise, wenn nur überhaupt in gesetzlicher Form, dazu berufen ist, als Organ der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität für die Herbeiführung der Staatszwecke tätig zu sein. Wonach richten sich nun aber die Grundsätze über die Anstellung? § 359 selbst zieht nur im allgemeinen die Grenzen, innerhalb deren das Begriffsmerkmal der Amtsqualität anerkannt werden soll.[2]) Denn § 359 enthält nur die Bestimmung, dass unter Beamten alle im Dienste des Reichs oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaates angestellten Personen zu verstehen sind. In keiner Weise dagegen sind die Bedingungen geregelt, unter denen der Staat die Anstellung seiner Beamten, den Umfang amtlicher Befugnisse, den Kreis der Beamtenpflichten und Beamtenrechte zu ordnen hätte. Die Frage, ob die in § 359 aufgestellten Voraussetzungen für die Beamteneigenschaft vorhanden sind, beantwortet sich daher stets für den einzelnen Fall[3]) nach etwa einschlägigen Reichsgesetzen, wie z. B. nach dem Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 oder nach der Landesgesetzgebung des betreffenden Bundesstaates z. B. nach der Dienstpragmatik für das Königreich Bayern. Darnach kann die Anstellung

---

[1]) R.G. II, 20. Sept. 81. E IV, 421, XVIII, 37, Goltdammer. Archiv 40, 157.
[2]) E X, 327. — [3]) E XX, 71.

entweder eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein. Bei der ausdrücklichen Anstellung werden zunächst Begriff, Form, Dauer, Inhalt der Anstellung und Natur der Dienste ins Auge zu fassen sein. Im Anschluss daran sollen dann verschiedene Punkte behandelt werden, welche nicht als Voraussetzungen für die Beamteneigenschaft in Betracht kommen. Beim Erwerb der Beamteneigenschaft durch stillschweigende Anstellung wird zuerst von der stillschweigenden Anerkennung oder Genehmigung, dann vom Rückschluss auf die Beamteneigenschaft aus der Natur der tatsächlich geleisteten Dienste gehandelt werden. Daran werden sich Ausführungen über die Anstellungsberechtigten: Staat, Kommunalverbände, eventuell Privatkorporationen und Privatpersonen, sowie mehrere Streitfragen bezüglich der Person des Angestellten reihen.

1. Kapitel.

Die Anstellung.

I. Erwerb der Beamteneigenschaft durch ausdrückliche Anstellung.

§ 10.

Begriff der Anstellung.

Die Anstellung ist ein Vorgang, wodurch ein Dienstverhältnis einer Person zum Staate begründet wird; damit erwirbt die betreffende Person die Beamteneigenschaft. Dieser Satz bedarf jedoch noch in zwei Punkten einer genauen Ergänzung.

Einmal schliesst nicht jede Anstellung die Beamteneigenschaft in sich. Es wird niemand einfallen, einen von einer Fabrik angestellten Aufseher, einen von einer Milchgenossenschaft angestellten Sennen als Beamten nach § 359 anzusehen. Die Berufung muss vielmehr erfolgen seitens des Staates selbst oder seitens einer Korporation oder Gemeinde, deren Recht zur Ausübung der Anstellung vom Staate anerkannt ist. So ist z. B. Beamter, wer von einer Gemeinde als Nachtwächter angestellt ist; wenn übermütige Studenten in später Nachtstunde den Hüter der Ordnung zum besten halten, so kann es kommen, dass sie wegen Beamtenbeleidigung nach § 196 RStGB. zur Rechenschaft gezogen werden.

Aber nicht jede Anstellung seitens des Staates oder einer anderen vom Staate dazu befähigten Körperschaft wiederum begründet die Beamteneigenschaft. Man spricht nämlich auch von „Anstellung“, wenn der Staat zu einer Person in Beziehungen privatrechtlicher Natur tritt. Der Staat stellt Arbeiter an bei einer Staatseisenbahn,

bei einer kaiserlichen Werft usw. In diesen Fällen treten die betreffenden Personen dem Staate als gleichberechtigte Wesen gegenüber. Die sämtlichen Beziehungen sind rein privatrechtlicher Natur und machen die betreffenden Personen nicht zu Beamten. Damit letzteres der Fall ist, muss ein öffentlich rechtliches Gewaltverhältnis für den Staat begründet werden. Wohl weist das Beamtendienstverhältnis auch eine privatrechtliche Seite auf, insoweit als die mit dem Amte verbundene Besoldung in Frage kommt. Aber gerade das Hinzutreten des öffentlich rechtlichen Momentes, das Hinzukommen eines Gewaltverhältnisses des Staates gegenüber dem Beamten, bildet das Charakteristikum des Staatsdienstes und zugleich das Unterscheidungsmerkmal zwischen Staatsdienst und bloss privatrechtlicher Dienstmiete, welche ja ein Verhältnis sich gleichberechtigt gegenüber stehender Kontrahenten erzeugt. Der Angestellte muss also unter öffentlicher Autorität tätig werden. Unter öffentlicher Autorität des Staates stehen aber nur Dienste öffentlich rechtlicher Natur. Es ist also entscheidend, dass die mit der Anstellung dem Angestellten zur Ausübung übertragenen Dienste öffentlich rechtlicher Natur sind; diese Eigenschaft besitzen aber alle jene Dienste, die aus der Staatsgewalt sich ableiten und Staatszwecken, sei es unmittelbar, sei es mittelbar, dienen, dadurch bekommen die Dienste den Charakter einer öffentlichen Amtstätigkeit, die, da eben vom Staate abgeleitet, nur unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden können.[1]) Die Anstellung im Sinne des § 359 begründet also ein besonderes, öffentlich rechtliches Gewaltverhältnis. Zum Begriffe der Anstellung gehört nun nicht notwendig, dass die amtliche Bestellung direkt durch die zuständige, staatliche Behörde erfolgt. Es kann vielmehr schon in der Genehmigung oder Bestätigung dieser Behörde die staatliche Berufung enthalten sein.[2]) Ja, noch mehr! Ist die Gültigkeit einer Berufung seitens anderer Stelle als des Staates von der Genehmigung einer oberen Behörde abhängig, so kann diese ihre Genehmigung sogar stillschweigend erteilen, indem sie einfach die begonnene Amtstätigkeit ohne Einwendungen dagegen geschehen lässt. Das Regelmässige aber wird doch stets die ausdrückliche Anstellung seitens des Staates oder seitens der von der Staatsgewalt dazu delegierten Stelle bleiben.

Das durch die Anstellung begründete Dienstverhältnis öffentlich rechtlicher Natur des Beamten zum Staate nun beruht auf freier Willensübereinstimmung: das Dienstverhältnis gründet sich seinem Wesen nach auf einen gegenseitigen Vertrag.[3]) Wer daher das Recht zur Verwaltung eines öffentlichen Amtes aus einem Privatrechte oder einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung herleitet, ist

---

[1]) E XXX, 29; R.G. IV. Z. S. 19. Okt. 1899 und 22. Mai 1890.
[2]) E VII, 210, XV, 244. — [3]) R.G. II. 2. Dez. 1881; R III. 763; E IX, 204.

nicht „angestellt“ und kann darum auch nicht als Beamter im Sinne des RStGB. angesehen werden. Wie jeder gegenseitige Vertrag, begründet auch der Anstellungsvertrag für beide Teile gewisse Pflichten und Rechte: auf seiten des Beamten eine besondere Gehorsams-, Treu- und Dienstpflicht einerseits, Anspruch auf besonderen Schutz und angemessene Entschädigung für seine Mühewaltung andererseits; auf seiten des Staates Anspruch auf gewissenhafte Diensterfüllung einerseits, die Verpflichtung, den Beamten in Ausübung seiner Amtstätigkeit zu schützen und das ihm zugesicherte Diensteinkommen zu gewähren, andererseits.[1])

Bei jedem Vertrag nun müssen beide Parteien ihre Willensäusserungen abgeben, welche auf einander Bezug zu nehmen und sich zu decken haben. Die eine Aeusserung heisst „Antrag“, die andere „Annahme“. Das gleiche trifft auch für den Anstellungsvertrag zu: auch hier finden sich „Antrag“ und „Annahme“. Was ist die Berufung zu einem Amte anders als ein Antrag des Staates, dahingehend: „Ich mache dir den Antrag, dies und dies Amt unter den und den Bedingungen zu übernehmen?“ Die Berufung als Antrag aufzufassen, mag im ersten Augenblick etwas sonderbar erscheinen, besonders in unserer Zeit, wo vielfach geglaubt wird, mit Erfüllung der gesetzlichen Vorbedingungen, eventuell Wegfall der hinderlichen Vorderleute habe man geradezu einen Anspruch auf Berufung zu einem Amte. Dem ist aber nicht so! Der König, bzw. in dessen Namen die dazu berechtigte Stelle, übt im Namen des Staates das Berufungsrecht als völlig freies Recht aus. Würde man die Berufung nicht als Antrag auffassen, so könnte ihr nur der Sinn beigelegt werden, dass durch sie eine schon gewissermassen einstweilen noch latente Pflicht zur Uebernahme eines Amtes konkretisiert wird. Denn entweder ist die Berufung ein Antrag, dann ist eine Ablehnung möglich, oder ist sie kein Antrag, dann ist auch eine Ablehnung nicht denkbar; hätte ja doch sonst die „Berufung“ keinen Sinn mehr! Eine solche „Berufung“, die kein Antrag ist, die infolgedessen auch nicht abgelehnt werden kann,[2]) liegt z. B. vor bei der Berufung zum Schöffen- und Geschworenenamte. Natürlich sind diese Personen dann auch nicht Beamte, weil bei ihnen eben der „Vertrag“, somit das Moment der Anstellung fehlt. Aber einer Berufung, die ein Antrag ist, braucht niemand Folge zu leisten, weder der Berufung zum einfachen Amtsrichter, noch der Berufung zum schwierigen Amte eines Kolonialdirektors.

Der „Antrag“ muss aber auch seitens der zuständigen Behörde von dem Willen getragen sein, ein Beamtendienstverhältnis herzustellen. Gegen den Willen des zur Anstellung berechtigten Staatsorganes ist eine Anstellung nicht denkbar. Wenn daher durch den

[1]) Laband, S. 413. — [2]) Ausnahme GVG. §§ 35, 85.

Willen dieser Organe die Anstellung unbedingt ausgeschlossen wird oder wenn die Absicht der Staatsorgane zweifellos nur auf Begründung eines Privatverhältnisses gerichtet ist, so kann nicht einmal die Natur der tatsächlich geleisteten Dienste, worüber unten noch gehandelt wird, den fehlenden Anstellungswillen ersetzen:[1]) eine Beamteneigenschaft kann dann nicht begründet werden.

Damit nun ein Beamtendienstverhältnis zustande kommt, muss der Antrag der zuständigen Behörde von dem Berufenen auch angenommen werden.

Zwischen beiden „Vertragsteilen" muss eine Willensübereinstimmung vorliegen, durch welche der anzustellende Teil eine Dienstpflicht übernimmt, mit dem Willen des Dienstherrn.[2]) Sobald es an diesem Willenskonsens irgendwie, auf der einen oder anderen Seite fehlt, ist eben ein Vertrag nicht zustande gekommen, und von Begründung eines Beamtenverhältnisses kann nicht die Rede sein. Das Beamtenverhältnis entfällt daher vor allem dann, wenn der Betreffende nicht freiwillig, sondern kraft einer allgemeinen Untertanenpflicht in ein Verhältnis zum Staate tritt. Hier fehlt eben der Vertrag, Antrag sowohl wie Annahme desselben. So sind z. B. nicht Beamte die Mitglieder der bewaffneten Macht, zu denen alle jene Personen gehören, die zur Zeit im Heere, in der Marine oder im Landsturm ihrer Wehrpflicht Genüge leisten, sie sind es selbst dann nicht, wenn ihnen als Wache oder Postenführern, als Gefreiten oder Unteroffizieren öffentliche Funktionen übertragen werden. Eine Ausnahme bilden in Preussen die Mitglieder der Gendarmerie, welche zwar der bewaffneten Macht angehören, dennoch aber als Beamte im Sinne des RStGB. anzusehen sind.[3]) Dies hat auch durch allerhöchsten Erlass vom 6. Juni 1900 insoferne Anerkennung gefunden, als die Oberwachtmeister der Landgendarmerie hinsichtlich ihres Dienstranges zwischen die Subaltern- und Unterbeamten eingestellt worden sind.[4])

Allerdings findet in allen Fällen der gesetzlichen Pflicht zur Uebernahme eines Amtes die Uebernahme dieser Tätigkeit auch nur mit dem Willen des Verpflichteten statt; aber hier liegt ein „gezwungener" Wille vor: gegen den Nichtwollenden kommen entsprechende Strafen zur Anwendung! Der Wille dagegen, der zum Abschluss eines Vertrages nötig ist, muss unbedingt ein freier, von

---

[1]) R.G. IV. Z. S. 10. II. 1896; 3. VI. 1892; 21. IV. 1896; 15. VII. 1899. E XVI. 380. — [2]) E XII. 422. — [3]) E V, 210; XXXIII. 383. RG. IV. 28. Sept. 1900.

[4]) In Bayern bildet die Gendarmerie keinen Teil der bewaffneten Macht, obwohl sie in bezug auf Disziplin und übrige innere Verfassung militärisch organisiert ist. (Vergl. § 1 der Verord. v. 24. Juli 1868 betreffend die Organisation der Gendarmerie in den Landesteilen diesseits des Rheins mit Ausnahme von München.) Die Gendarmen in Bayern sind natürlich auch Beamte.

gesetzlichem Zwange unabhängiger Wille sein. Daher sind z. B. Offiziere und Kapitulanten sehr wohl Beamte.[1])

Bei einzelnen Klassen von Beamten müssen nun zur Begründung des Beamtenverhältnisses gemäss den einzelnen landesrechtlichen Pragmatiken gewisse besondere Bedingungen erfüllt werden. Das führt vor allem zur Frage nach der Form der Anstellung.

§ 11.

Form der Anstellung.[2])

Ueber die Form der Anstellung enthält das RStGB. keine positive Vorschrift; das Gesetz schreibt nirgends vor, dass die Anstellung in bestimmter Weise vorgenommen werden müsse, dass irgend ein formaler Akt notwendig sei. Nur negativ wird erklärt, dass es keinen Unterschied mache, ob ein Diensteid geleistet worden ist oder nicht. Grundsätzlich genügt daher auch eine völlig formlose Anstellung, d. h. es genügt, wenn einerseits das zuständige Anstellungsorgan eine Willenserklärung dahin abgibt, dass ein Amt einer bestimmten Person übertragen werden soll und wenn andererseits die betreffende Person die Berufung angenommen hat. Diese beiden Voraussetzungen müssen als die beiden einzigen erfüllt sein, damit eine Beamteneigenschaft erworben werden kann.

Wichtige Abweichungen von diesen Grundsätzen ergeben sich nun daraus, dass verschiedene Reichs- und Landesgesetze die Rechtswirksamkeit einer Anstellung von der Beobachtung bestimmter Förmlichkeiten abhängig machen. Die Formalitäten, aus denen für den Einzelnen seine Berechtigung zur Ausübung der Funktionen des ihm übertragenen Amtes folgt, sind daher im allgemeinen nach dem Staatsrecht jedes einzelnen Staates zu beurteilen und weisen infolgedessen auch grosse Verschiedenheiten auf:

Die in den meisten deutschen Staaten wohl regelmässige Form der Berufung ist die mittels eines Schriftstückes, das verschiedene Namen führt wie Bestallung, Anstellungspatent, Anstellungsurkunde usw., die überwiegende Mehrzahl aller unmittelbaren Beamten wird auf diese Weise angestellt. Das Erfordernis der schriftlichen Bestellung für den Erwerb der Beamteneigenschaft gilt aber, wie gesagt, nur dann, wenn Reichs- oder Landesgesetze dasselbe ausdrücklich als weitere Bedingung den eingangs erwähnten Voraussetzungen hinzufügen. Ja noch mehr! Sollte einmal diese dritte

---

[1]) Vergl. § 4, § 154 Mil. Strafgesetzbuch 20. Juni 1872 Laband, Staatsrecht d. deutschen Reiches, 3. Auflage, Bd. 1 S. 152, 399. Bd. 2 S. 649. G. Meyer, Lehrbuch d. deutsch. Staatsrechts S. 142 ff. E XXIII, 17. Offiziere a. D. sind nicht Beamte. E XXXV, 99; vergl. auch E XXIX, 15;

[2]) R. V. 328; VI, 711. E XV, 244; XXVI, 437; XXXII, 259.

Bedingung in einem Falle, in dem sie gesetzlich vorgeschrieben wird, nicht erfüllt sein, so könnte man trotzdem das Vorhandensein der Beamteneigenschaft allein aus der Art und Beschaffenheit der tatsächlich ausgeübten öffentlich rechtlichen Funktionen begründen; Voraussetzung ist nur, dass diese Tätigkeit eine derartige ist, dass sie von einem Nichtbeamten überhaupt nicht geleistet werden kann, dass sie also die Beamteneigenschaft notwendig voraussetzt. In dieser Frage liegen zwei interessante, einander widerstreitende Urteile des Reichsgerichts vor: Im Urteil vom 7. Februar 1887 führte das Reichsgericht aus:

„Der Rechtsakt der Anstellung eines Reichsbeamten vollzieht sich durch die schriftliche Berufung in ein Reichsamt seitens der zur Anstellung zuständigen Behörde und durch die vorbehaltslose Annahme der schriftlichen Berufung, der Anstellungsurkunde von Seiten des Beamten. Die schriftliche (!) Berufung und deren Annahme sind also essentielle Erfordernisse, eine bloss mündliche Berufung genügt nicht."

Von dieser Rechtsanschauung wich nun das Reichsgesetz in den Urteilen vom 17. Oktober und 22. Oktober 1891 wieder ab: es könne die Eigenschaft eines Reichsbeamten auch ohne Ausfertigung einer Anstellungsurkunde erworben werden; falls ein unzweideutiger formaler Berufungsakt nicht vorliege, könne man aus der Natur der tatsächlich geleisteten Dienste auf die Beamteneigenschaft zurückschliessen." Ueber diesen Rückschluss aus der Natur der geleisteten Dienste wird in § 16 noch gehandelt werden.

Eine andere Ausnahme von dem Grundsatze der formlosen Berufung besteht darin, dass durch besondere Gesetze für bestimmte Beamtenkategorien der Eintritt in ihre öffentlich rechtlichen Funktionen von einer besonderen Verpflichtung ausdrücklich abhängig gemacht ist. So erwerben z. B. gemäss § 68 II der Betriebsordnung für die Haupteisenbahnen Deutschlands vom 5. Juli 1892 die Bahnpolizeibeamten die Beamteneigenschaft gegenüber dem Staate erst durch Vereidigung: „Die Bahnpolizeibeamten werden von der zuständigen Behörde vereidigt. Sie treten alsdann in Beziehung auf die ihnen übertragenen Dienstverrichtungen dem Publikum gegenüber in die Rechte der öffentlichen Polizeibeamten." So können nach der bayr. Gemeindeordnung von 1869, Art. 141 III, die zur Handhabung der Ortspolizei bestellten Bediensteten den amtlichen Glauben öffentlicher Diener erst dann beanspruchen, wenn sie von der vorgesetzten Distriktsverwaltungsbehörde verpflichtet sind.[1]) Aehnlich sind in Bayern nur die „verpflichteten" Fleischbeschauer zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt.[2])

---

[1]) E XVIII, 37.
[2]) E XIX, 180; vergl. auch unten bei Seite 42.

Die Berufung kann ferner in Form einer Gestattung erfolgen. Ein besonders häufiger Fall ist hier die Gestattung einer Stellvertretung und zwar unter Verantwortlichkeit des Vertretenen. Eine Postagentin z. B., die einen Urlaub haben will, muss aus eigenen Mitteln und unter eigener Verantwortlichkeit eine Person suchen, die in der Zwischenzeit die Postgeschäfte weiterführt. Diese Aushilfsperson nun wird dadurch Beamter, dass die Behörde, d. i. hier das Oberpostamt, bei Genehmigung des Urlaubes zugleich gestattet — sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend — dass die von der Postagentin gesuchte Aushilfe die Geschäfte während der Urlaubszeit weiterführt. Die Klausel „auf eigene Haft und Gefahr der Postagentin" ist nur privatrechtlich, besonders vermögensrechtlich von Bedeutung; der öffentliche Charakter der Dienstführung kann dadurch nicht berührt werden.

Ja, sogar mittels „Privatvertrages" kann die Berufung erfolgen. Wenn z. B. ein Beamter befugt ist, Gehilfen oder Unterbeamte gegen eine von ihm zu leistende Vergütung anzunehmen, so werden diese Gehilfen durch den Abschluss des „Privatdienstvertrags" mit ihrem Dienstherrn Beamte, vorausgesetzt natürlich, dass ihre Dienstleistungen öffentlich rechtlicher Natur sind. Doch darf der Ausdruck „Privatvertrag" nicht falsch aufgefasst werden; nicht der Privatvertrag an sich ist es, der die Beamtenqualität verleiht, sondern die dahinter steckende Staatsautorität: Der Beamte muss von staatswegen zum Abschluss derartiger Privatverträge berechtigt sein. Ein solcher Privatvertrag stellt sich nur als eine aussergewöhnliche Form der Berufung dar, indem der Staat die ihm zustehende Berufungsmacht an eine bestimmte Person delegiert. Eine Berufung durch Privatvertrag liegt ferner vor, wenn z. B. einem Baukondukteur die Vornahme gewisser Staatsgeschäfte wie die zeitweilige Leitung oder Beaufsichtigung einer für den Staat auszuführenden Arbeit vertragsmässig übertragen wird. Der Privatvertrag bildet aber auch hier wieder nur die äussere Form; der Grund dafür, warum diese Form in obigem Beispiel die Wirkung der Erlangung der Beamteneigenschaft nach sich zieht, ist wohl in der Natur der tatsächlich geleisteten Dienste zu finden.

Andere Formen der Berufung endlich sind noch zu finden in der „Bestätigung" durch die vorgesetzte Behörde, in einer besonders formellen Einführung in das Amt usw. So werden z. B. die zu Bürgermeistern und rechtskundigen Magistratsräten gewählten Personen erst dadurch Beamte, dass ihre Wahl die nach Art. 78 der rechts. G.-O. erforderliche Bestätigung durch das Staatsministerium des Innern bzw. durch die vorgesetzte Kreisregierung findet. Diese Bestätigung ist ein Akt der Staatsgewalt; nur die Staatsautorität aber kann Quelle der Beamteneigenschaft sein; ausserdem muss zu dieser Bestätigung noch etwas dazu treten: Der Bürger-

meister muss nämlich gemäss Art. 79 durch einen von der vorgesetzten Kreisregierung ernannten Kommissär oder durch die unmittelbar vorgesetzte Verwaltungsbehörde verpflichtet und in sein Amt besonders eingewiesen werden. Erst nach Erfüllung dieser sämtlichen Formalitäten kann die betreffende Person als „angestellt" und daher als Beamter nach § 359 angesehen werden. Die Form der „Anstellung" ist also für einen Bürgermeister ziemlich verwickelt: Wahl, Bestätigung, Verpflichtung und Einweisung.

Ein anderes Beispiel! Zur Bewirtschaftung der Gemeinde- und Stiftungswaldungen haben die Gemeinden und Stiftungen eigene Förster aufzustellen. Diese Personen sind aber erst dann als Beamte nach § 359 zu betrachten, wenn ihre Wahl die gemäss Art. 13 des Forstgesetzes erforderliche Bestätigung durch die Forstpolizeistelle gefunden hat.

So liessen sich noch manche Verschiedenheiten in der Form der Anstellung finden, besonders wenn noch ausserbayerische Rechte in Betracht gezogen würden. Aber in welcher Form auch immer die Anstellung vor sich geht, stets finden sich die zwei für den Begriff der Anstellung unbedingt nötigen Momente: Die Willenserklärung des zuständigen Anstellungsorganes, dahin gehend, dass eine bestimmte Person Beamter werden soll, und die Annahme der Berufung eben durch diese Person.

§ 12.

Dauer der Anstellung.[1])

Die Anstellung kann gemäss der ausdrücklichen Bestimmung in § 359 auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig erfolgen. Die Dauer der Amtsübertragung wird sohin mit Recht für etwas begrifflich Unerhebliches erachtet.

Erfolgt die Anstellung auf Lebenszeit, so ist es ferner begrifflich gleichgültig, ob der Beamte in Wahrnehmung seiner Amtsgeschäfte seinen ausschliesslichen oder wesentlichen Lebensberuf hat, oder ob er sie nur als Nebengeschäfte betreibt. Der Bürgermeister einer kleinen Landgemeinde, dessen Haupttätigkeit in der Bewirtschaftung seines Bauerngutes besteht, und der das Amt des Bürgermeisters nur nebenbei versieht, ist genau so als Beamter im Sinne des § 359 anzusehen, wie der erste Bürgermeister einer grossen Stadt, der seinen Lebensunterhalt einzig und allein in seiner Tätigkeit als Bürgermeister findet. Reserveoffiziere[2]) sind ebenfalls Beamte, solange sie zur Dienstleistung herangezogen werden; dass diese Personen einen anderen Lebenslauf als den militärischen haben, ist

[1]) R.G. I, 13. Nov. 1879; 18. März 1880. E XXXV, 325; R I, 64. E I, 327.
[2]) E XXIII, 20, a. M. Binding u. Laband.

vollkommen gleichgültig. Ohne Belang ist es ferner, ob der Beamte definitiv oder nur provisorisch angestellt ist. Bekanntlich haben in Bayern die Staatsbeamten mit Ausnahme der Richter ein dreijähriges Provisorium durchzumachen. Das ändert aber nichts daran, dass der Neuangestellte ebenso als „Beamter" zu gelten hat wie der älteste Ministerialrat oder Regierungsdirektor.

Grössere Schwierigkeiten bereitet die Auslegung des Begriffes: „auf Zeit angestellt". Ist damit einfach die Zeit im gewöhnlichen Sinne, also eine gewisse Anzahl von Stunden, Tagen, Wochen gemeint, oder sind darunter eine oder mehrere, unbestimmte Zeit lang dauernde Tätigkeiten zu verstehen? Im ersteren Falle „dauert" die Amtstätigkeit eine bestimmte Zeit, man spricht von einem „dauernden Dienstverhältnis". Auf diesem Standpunkt steht z. B. Hälschner;[1]) er fordert, trotzdem die Beamtenqualität nicht durch eine Zeitdauer (!) des Dienstes bedingt sei, dass der Betreffende den generellen Auftrag erhalten habe, gewisse Amtsgeschäfte „bleibend und fortdauernd" auszuüben in dem Sinne, dass er den allgemein gefassten Auftrag habe, alle im einzelnen noch nicht bestimmten, in den Geschäftskreis des betreffenden Amtes fallenden Dienste, zu denen während der „Zeit" seines Dienstes Anlass gegeben wird, zu leisten. Also, wenn jemand nun nicht zu allen noch nicht bestimmten, in einen bestimmten Aufgabenkreis einschlagenden Diensten angestellt ist, sondern nur für eine einmalige, ganz genau bezeichnete Tätigkeit, dann soll er mit einem Male nicht mehr Beamter sein, nur weil er nicht mehr „dauernd und bleibend" angestellt ist? Als ob eine einzige, genau bezeichnete Tätigkeit nicht auch eine „Zeit" lang dauern würde! Und dass die Dauer der Zeit keine Rolle spielt, sagt ja das Gesetz ausdrücklich. Die Auslegung, die Hälschner den Worten „auf Zeit" angedeihen lässt, dürfte daher nicht richtig sein. Dieselbe Ansicht, wie sie Hälschner vertritt, findet sich auch in einer Entscheidung des preussischen Obertribunals; in dem Erkenntnis vom 9. Februar 1870 hat dasselbe die Beamtenqualität ausgeschlossen, da es sich nur um ein ganz bestimmtes Geschäft handelte, da also die von einem Nichtbeamten vorgenommene Verrichtung desselben nur den Charakter eines auf dieses einzelne Geschäft sich beziehenden Auftrags hatte.[2]) Sehr vorsichtig und dehnbar ist der Ausspruch des Reichsgerichts:[3]) „Wird ein Nichtbeamter nur zu ganz vereinzelten Dienstleistungen, die an sich einem Beamten obliegen, zugezogen, so wird es im allgemeinen (!) an der Anstellung fehlen." „Im allgemeinen!" Also dann und wann liegt trotz der ganz vereinzelten Dienstleistungen eine Anstellung und damit auch die Beamteneigenschaft vor. Das Reichsgericht scheint Personen,

---

[1]) Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht Band 2. 1887. Bonn.
[2]) Oppenhof, Rechtsspr. d. O. Trib. Band 7 S. 581. — [3]) E V, 418.

die nur zu einzelnen bestimmten Dienstleistungen berufen sind, die Beamteneigenschaft nicht gern zuerkennen zu wollen. Dass man zur Verneinung der Beamteneigenschaft auf dem Wege Hälschners nicht gelangen kann, scheint das Reichsgericht zu fühlen; es verneint die Beamteneigenschaft vielmehr dadurch, dass es in leider wenig präziser Form den Grundpfeiler der Beamteneigenschaft, die Anstellung, als meist nicht vorhanden betrachtet: „... so wird es im allgemeinen an der Anstellung fehlen." Auch diese Ansicht dürfte nicht richtig sein. An einem Beispiel soll die Unhaltbarkeit der Meinungen Hälschners, des Obertribunals und des Reichsgerichts nachgewiesen werden.

Bekanntlich hat gemäss § 185 der RStPO. der Untersuchungsrichter bei Vernehmung des Angeschuldigten, der Zeugen und Sachverständigen, sowie bei der Einnahme eines Augenscheines einen Gerichtsschreiber zuzuziehen. In dringenden Fällen nun kann der Untersuchungsrichter eine von ihm zu beeidigende Person als Gerichtsschreiber zuziehen. Damit ist dieser Person die Wahrnehmung von Amtsgeschäften nur vorübergehend und speziell aufgetragen. Darum, sagt Hälschner, kann diese Person die Beamteneigenschaft nicht besitzen. Auch das Reichsgericht verneint in diesem Falle die Beamteneigenschaft; handelt es sich ja doch nur um ganz vereinzelte Dienstleistungen, die an sich einem Beamten obliegen! Diese Begründungen und Resultate sind nicht richtig, weil sie mit dem Gesetzestext sowohl wie mit dem Geiste des § 359 nicht in Einklang zu bringen sind. § 359 verlangt nämlich für die Beamteneigenschaft dreierlei:

1. Die Anstellung und zwar durch die zuständige amtliche Stelle. Diese amtliche Stelle ist in unserem Beispiel der Untersuchungsrichter, dem die an und für sich dem Staate allein zustehende Berufungsgewalt kraft Gesetzes, d. i. kraft § 185 StPO. delegiert ist. Wenn der Untersuchungsrichter seinen diesbezüglichen Willen zum Ausdruck gebracht hat und der zu Berufende die Berufung angenommen hat, wenn ferner das gesetzliche Erfordernis der Vereidigung erfüllt ist, so sind alle Voraussetzungen für die Anstellung gegeben.

2. Ein Dienstverhältnis zum Staate, sei es unmittelbar, sei es mittelbar. Die vorübergehend als Gerichtsschreiber zugezogene Person tritt für die Dauer ihrer Tätigkeit in den Dienst des Staates; sie verspricht im Eide, allen auf ihre Tätigkeit sich beziehenden Weisungen, Vorschriften und Befehlen des Staates, bzw. des zuständigen Organes Folge zu leisten.

3. Ausserdem muss noch die Leistung von Diensten öffentlich rechtlicher Natur gefordert werden, worüber im folgenden Paragraphen noch gehandelt werden soll. Auch dieses Erfordernis liegt in unserem Beispiel vor: Der Gerichtsschreiber obigen Beispiels ist für Staatszwecke, für die Rechtspflege, wenn auch in einer unter-

geordneten Art und Weise, als Organ der Staatsgewalt unter staatlicher Autorität tätig.

Da somit in diesem Fall sämtliche für die Beamteneigenschaft entscheidenden Punkte vorliegen, so ist nicht einzusehen, warum der gemäss § 185II. StrPO. angestellte Gerichtsschreiber nicht als Beamter nach § 359 betrachtet werden sollte.

Auch mit dem Geiste des § 359 d. h. überhaupt des ganzen Beamtenstrafrechts steht die Ansicht Hälschners wie des Reichsgerichts in Widerspruch. Die Berechtigung eines eigenen Beamtenstrafrechts liegt ja darin, dass Personen, die für die Allgemeinheit bedeutungsvolle, wichtige Aufgaben unter Autorität des Staates erfüllen, einerseits besonderem Schutze unterstellt werden müssen und dass andererseits die mit ihrer Stellung verbundenen Bevorrechtigungen auch gewisse Pflichten und strengere Bestrafung der Verletzung derselben erfordern. Dass Gerichtsschreiber, die auf ordentlichem Wege angestellt sind, in die Klasse dieser Personen mit besonderen Rechten und Pflichten fallen, wird niemand bezweifeln. Ein nach § 185 RStPO. auf ausserordentlichem Wege angestellter Gerichtschreiber hat dieselben Dienste (im gegebenen Fall) zu leisten, wie der auf ordentlichem Wege angestellte. Für die Dauer seiner Tätigkeit hat er daher auch die nämlichen Rechte und Pflichten, d. h. er gehört eben so lange zu dem Sonderstande der Beamten!

Ein anderes Beispiel! Für die Beurteilung von volkswirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen im Reich und in den Bundesstaaten werden Berufs- und Betriebszählungen veranstaltet. Das Zählgeschäft wird ehrenamtlich von sog. Zählern übernommen. Obwohl diese Zähler nur ganz vorübergehend tätig werden, so gelten sie doch in Verrichtung des Zählgeschäftes rechtlich als öffentliche Beamte.

Es ist also nicht nötig, dass jemand, um Beamter zu werden, einen Kreis von Geschäften generell zugewiesen bekommt; die Beamteneigenschaft kann vielmehr auch dann vorhanden sein, wenn es sich nur um eine einzelne konkrete Tätigkeit handelt; auch diese dauert eine gewisse, meist unbestimmt wie lange Zeit, so dass auch eine Person, die zur Erfüllung einer konkreten einzelnen Aufgabe berufen wird, „auf Zeit" angestellt, somit nach § 359 als Beamter anzusehen ist.

Auch Personen, die nur vorläufig angestellt sind, können gemäss § 359 Beamte sein. Darunter fallen insbesondere die nur probeweise beschäftigten[1]), sowie die im Stadium der Vorbildung für ein Amt befindlichen Personen. Personen, die nur der Ausbildung halber beschäftigt werden, nach deren Beendigung noch eine Prüfung zu bestehen haben und erst nach bestandener Prüfung

[1]) R. I, 64; E XXXV, 325.

eine „Anwartschaft“ auf endgültige Anstellung erwerben, wie z. B. Rechtspraktikanten, können gleichwohl Beamte sein, sofern nur mit dem Ausbildungsdienst eine Ausübung von Dienstverrichtungen verbunden ist, die den staatlichen Zwecken zu dienen bestimmt sind und sonach dem Publikum gegenüber öffentliche Autorität zu beanspruchen haben.

Das Moment der Anstellung ist in der Zulassung zum Vorbereitungsdienst seitens des Vorstandes des betreffenden Gerichtes, bezw. der betreffenden Verwaltungsbehörde und in der Vereidigung zu erblicken.

Auch sind die Rechtspraktikanten im öffentlichen Dienste des Staates angestellt; allerdings werden sie der Idee nach nur in eigenem Interesse, im Interesse ihrer Ausbildung und Weiterbildung tätig. In Wirklichkeit aber leisten sie damit zugleich auch dem Staate Dienste; so werden sie z. B. als stellvertretende Gerichtsschreiber verwendet, sie nehmen selbständig Klagen, Beschwerden, Einsprüche, Anträge usw. auf.[1])

§ 13.

Inhalt der Anstellung und Natur der Dienste.[2])

Durch die Anstellung wird dem Anzustellenden ein bestimmter, mehr oder weniger genau umgrenzter Kreis von Aufgaben übertragen. Der Inhalt der Anstellung kann nun sehr verschieden sein, je nachdem, auf welche Weise und auf welchem Gebiete der Beamte wirken soll. Es macht begrifflich keinen Unterschied, ob die auf Grund des Dienstverhältnisses seitens des Beamten dem Staate zu leistenden Dienste höhere oder niedere sind. Aufseher an einer Gefängnisanstalt, Gerichtsschreiber, Strassenwärter usw. sind ebenso gut Beamte, wie der Gefängnisdirektor, der Amtsrichter, der Bezirksamtmann.

Der Begriff des Beamten erfordert ferner nicht notwendig die Befugnis zu selbständigen Anordnungen.[3]) Damit hängt zusammen, dass der Beamte nicht notwendigerweise auch die Verantwortlichkeit für seine amtliche Tätigkeit dem Staate gegenüber zu tragen hat; er kann „Beamter“ sein, selbst wenn diese Verantwortlichkeit einem anderen z. B. dem ihn Anstellenden zur Last fällt.[4]) Es ist ferner gleichgültig, ob die Dienste anordnender oder nur begutachtender, vorbereitender oder unterstützender Natur sind. Ohne

---

[1]) Vergl. auch Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Civil-, Handels- und Prozessrechts 2. Jahrgang 1903 S. 53.

[2]) E III, 420, XIV, 345, XXIV, 83, XXXII, 259. — [3]) E II, 420, XIV, 345.

[4]) E II, 189 (Privatpostgehilfe), V, 337, dageg.: Stenglein Zeitschrift für Gerichtspraxis II, 133, 247.

Belang ist es, ob mit der Amtsführung die Handhabung obrigkeitlicher Befugnisse verbunden ist oder ob sie in der Verrichtung technischer Arbeiten besteht. Nur ein sehr kleiner Bruchteil der Beamten hat die Herrschafts-, die Hoheitsrechte auszuüben. Die zahlreichen Kalkulatoren, Registratoren, Revisoren, Rendanten, Briefboten, Paketträger, Postillone, die zahllosen Personen, welche in staatlichem Interesse und auch unter staatlicher Autorität auf naturwissenschaftlichem, geschichtlichem, künstlerischem, bautechnischem, statistischem Gebiete wirksam sind, haben keine obrigkeitlichen Verrichtungen, sind aber trotzdem Beamte.

Auch die Boten, Heizer, Portiers, Castellane in den Dienstgebäuden des Staates sind Staatsbeamte, wofern sie nur „angestellt" sind, d. h. nicht in einem privatrechtlichen Verhältnis zum Fiskus stehen. Schreiber können Beamte sein, sobald sie eine Funktion der Staatsgewalt ausüben, oder bei einer solchen in wesentlicher Weise selbst mitwirken, z. B. wenn sie bei einer amtlichen Verhandlung das Protokoll führen und mitvollziehen. Dagegen geht ihnen jene Eigenschaft ab, solange sie nur die mechanische Arbeit des Abschreibens vornehmen, während die Vollziehung der gefertigten Schrift anderen obliegt.[1]) Der Umstand, dass die Art der Dienstleitung äusserlich den in Privatverhältnissen vorkommenden Arbeitsformen gleich ist, kann ebenfalls die Verneinung der Beamteneigenschaft nicht rechtfertigen.

Dieser letzte Satz, den das Reichsgericht in E XXVII S. 259 aufstellt, darf nun ja nicht falsch verstanden werden, da er sonst leicht zu unrichtigen Resultaten führt. Ist z. B. ein Arbeiter in der kgl. Porzellanwarenmanufaktur in Nymphenburg Beamter im Sinne des § 359? Die Anstellung liegt wohl vor; ferner steht der Arbeiter im „Dienste des Staates". Die Art seiner Dienstleistung ist nun allerdings den in Privatverhältnissen vorkommenden Arbeitsformen gleich, er hat dieselbe Stellung wie ein Arbeiter in irgend einer privaten Fabrik. Nun könnte man sagen: ja diese Gleichheit ist nur eine äusserliche, denn der Arbeiter leistet die Dienste keinem Privaten, sondern dem Staate. Der Umstand aber, so ginge die Schlussfolgerung weiter, dass die Art der Dienstleistung äusserlich den in Privatverhältnissen vorkommenden Arbeitsformen gleich ist, rechtfertigt nicht die Verneinung der Beamteneigenschaft. Also: der Arbeiter in der kgl. Porzellanwarenmanufaktur ist Beamter. Und dieses Ergebnis lässt sich auch mit dem Buchstaben des § 359

---

[1]) Rechtssprechung d. k. Ob. Trib. in Strafsachen, Oppenhof: IX, 653, XI, 114, XV, 7. E XXIII, 405; V. 337. Sammlung v. Entscheid. des Oberlandesgerichts in München in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses; ebenda IV, 587: Gemeindeschreiber Beamte. Samml. v. Entsch. d. oberst. Gerichtshofes f. Bayern III, 19. I. 509.

in Einklang bringen: der Arbeiter ist „im Dienste des Staates“ „angestellt“.

Dieses Resultat ist verfehlt: der Arbeiter in der kgl. Porzellanwarenmanufaktur ist kein Beamter. Dieser Ansicht steht allerdings der unvollkommene § 359 dem Buchstaben nach nicht zur Seite, wohl aber glaube ich, meine Ansicht aus dem Geiste des § 359 begründen zu können. Dazu ist vor allem nötig, festzustellen, was das Gesetz wohl unter „im Dienste des Staates“ versteht. Vor allem kann darunter nicht einbezogen werden die Leistung von Diensten privatrechtlicher Natur. Wenn jemand dem Staate Dienste privatrechtlicher Natur leistet. so ist der Staat sein Dienstherr nicht in seiner Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Person, sondern als Privatperson. Dass die Leistung von privatrechtlichen Diensten für den Erwerb der Beamteneigenschaft nicht genügt, ergibt sich sozusagen aus der Existenzberechtigung des § 359. Denn § 359 und überhaupt das ganze Beamtensonderstrafrecht wurde deshalb geschaffen, weil die Tätigkeit der Beamten in so gewaltiger Weise über das privatrechtliche Gebiet hinausragt, sich auf das Wohl und Wehe nicht eines einzelnen oder einer einzelnen Gruppe, sondern der Allgemeinheit, der Gesamtheit der Volksgenossen bezieht und darum von unendlich grösserer Tragweite als irgend ein privatrechtliches Handeln ist. Entscheidend ist allein,[1]) dass die mit der Anstellung dem Angestellten zur Ausübung übertragenen Dienste und Funktionen öffentlich rechtlicher Natur sind.

Was sind nun „Dienste öffentlich-rechtlicher Natur“? Man könnte zunächst sagen, öffentlich-rechtliche Dienste liegen immer dann vor, wenn sie dem öffentlichen Interesse dienen. Das wäre immer der Fall, wenn die Dienste dem Staate oder einem Gemeindeverbande geleistet werden. Es wäre also jeder Staats- oder Gemeindedienst ein Dienst öffentlich-rechtlicher Natur. Diese Schlussfolgerung aber ist falsch; denn Staat und Gemeinde können ihre Aufgaben auch durch privatrechtliche Verträge erfüllen. Das Merkmal für die öffentlich-rechtliche Natur von Diensten kann also nicht in dem Rechtssubjekte liegen, dem die Dienste geleistet werden.

Bei der Frage, ob Dienste öffentlich-rechtlicher Natur vorliegen, ist vielmehr stets auf den Anstellungsvertrag zurückzugreifen. Wenn der Staat einen privatrechtlichen Vertrag mit einem Privaten abschliesst, so unterscheidet sich dieser Vertrag durch nichts von einem Vertrag, den ein Privater mit einem anderen Privaten abschliesst. Sobald aber ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zustande kommt, greift das öffentliche Recht aus öffentlichem Interesse bestimmend in den Vertrag ein, d. h. den Umfang und Inhalt des Dienstverhältnisses bestimmen die vertragsschliessenden Parteien,

[1]) E XXX, 30.

Staat und anzustellende Personen, nicht völlig nach freiem beiderseitigem Belieben, sondern der Vertragsinhalt ist ganz oder teilweise durch öffentliche Rechtsnormen festgelegt. Man kann also sagen: Dienste öffentlich-rechtlicher Natur sind diejenigen Dienste, die auf einem Vertrage beruhen, dessen Inhalt an Rechten und Pflichten ganz oder zum Teil nach Massgabe öffentlich-rechtlicher Bestimmungen sich gestaltet. Der Arbeiter in der k. Porzellanwarenmanufaktur leistet seine Dienste kraft eines Vertrages, der nur auf privatrechtlichen Grundlagen ruht, dessen Inhalt und Umfang in keiner Weise durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen beeinflusst wird. Seine Dienste sind darum nicht Dienste öffentlich-rechtlicher Natur; er ist also auch nicht Beamter.

Ist dagegen die öffentlich rechtliche Natur der Dienste gegeben, so sind auch die vom Staat bei seinen industriellen Instituten, die im öffentlichen Interesse Erwerbszwecke verfolgen, angestellten Personen Beamte[1]), so z. B. der Direktor oder Kassenverwalter der k. Porzellanwarenmanufaktur.

Die in Preussen bei den Gerichtsgefängnissen durch vertragsmässiges Abkommen mit der Funktion als Gefängnisarzt[2]) betrauten Aerzte sind nicht Beamte. Durch Vertrag wird von der Gefängnisverwaltung mit ihnen ein besonderes Abkommen getroffen. Da sich dabei die beiderseitigen Rechte und Pflichten im wesentlichen nach den vereinbarten Vertragsbedingungen bestimmen und öffentliche Rechtsnormen den Vertragsinhalt nicht beeinflussen, so entsteht lediglich ein Privatrechtsverhältnis. Die Tätigkeit dieser Gefängnisärzte ist also privatrechtlicher Natur, geradeso als wenn ein Arzt von einer Krankenkasse, Hilfskasse, Unterstützungskasse usw. durch Vertrag die Funktion als Kassenarzt übernimmt. Ein Kreisphysikus dagegen, dem zugleich die Stelle eines Gefängnisarztes übertragen ist, ist Beamter; aber nicht deshalb, weil und soweit ihm durch Vertrag mit der Gefängnisverwaltung die Geschäfte eines Gefängnisarztes für ein bestimmtes Gerichtsgefängnis übertragen sind. Sondern er ist nur Beamter, soweit sein Wirkungskreis auch durch öffentliches Recht mitbestimmt wird, also nur in seiner Eigenschaft als Kreisphysikus.

Ein Rentamtsoberschreiber war bis zum Jahre 1895 kein Beamter; er leistete bis dorthin seine Dienste lediglich auf Grund eines rein privatrechtlichen Vertrages mit dem Rentamtsvorstande. Seit der k. Verordnung vom 26. März 1895 (Finanz-Minist.-Blatt 1895 S. 43) sind sie Beamte; der Vertragsinhalt wird nunmehr teilweise durch öffentliche Rechtsnormen festgelegt, nämlich durch die Grundsätze, die in der genannten k. Verordnung aufgestellt sind.

---

[1]) E XIV 345.
[2]) E XXXIII, 29, Gefängnisordnung vom 21. Dez. 1898, § 2 Abs. 3.

Seit der Steuerorganisation der k. Rentämter vom 1. Juli 1903 gibt es überhaupt Rentamtsoberschreiber nicht mehr. Dieselben führen jetzt den Titel Rentamtssekretär und sind natürlich ebenfalls Beamte.

Aus dem Inhalt des öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrages ergibt sich, dass die Funktionen des Angestellten den Staatszwecken dienende sein müssen. Die Staatszwecke sind ja nun allerdings ausserordentlich mannigfaltig, aber man muss sich doch hüten, den Begriff „Staatszweck" zu weit auszudehnen. Gemäss dem Erkenntnis des preussischen Obertribunals vom 25. März 1859 soll der General-Intendant der k. Schauspiele in Berlin Beamter sein. Die Entscheidung erscheint bedenklich. Sie beruht auf der Erwägung, dass das Institut der k. Schauspiele zugleich als öffentliche Anstalt für staatliche Zwecke, als Kunstanstalt anzusehen sei. Die Konsequenz dieser Auffassung wäre, jedem Hofschauspieler, jeder Hofopernsängerin, jedem Hofballetmeister die Qualität eines Beamten einzuräumen.

Nun gibt es aber auch Fälle, in denen es zweifelhaft sein mag, ob in den Anstellungsvertrag öffentlich-rechtliche Normen hereinspielen. Es fliessen dann Dienste öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Natur fast unmerklich ineinander über.

Sind z. B. staatliche Beamte, welche als Kassen- und Rechnungsführer bei den vom Staate für die in seinen Betrieben beschäftigten Arbeiten errichteten Betriebskrankenkassen angestellt werden, auch in dieser Eigenschaft Beamte? Die Frage wird bald mit „ja", bald mit „nein" beantwortet werden müssen. Für derartige Fälle hat das Reichsgericht [1]) ein, wenn auch ungenaues, so doch in Ermangelung von etwas Besserem willkommenes Kriterium aufgestellt: Die Absicht der anstellenden Behörde. Das RG. führt aus: „Die Anstellung als Beamter setzt keineswegs die Uebertragung solcher dienstlicher Funktionen voraus, welche nur von einem öffentlichen Beamten mit rechtlicher Wirkung bekleidet werden können. Massgebend für die Begründung des Beamtenverhältnisses ist, wenn andere dienstliche Geschäfte in Frage kommen, vielmehr nur, ob die Uebertragung derselben an die zu ihrer Wahrnehmung angestellte Person nach dem Willen und der Absicht der anstellenden Behörde in amtlicher Eigenschaft geschah."

In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird sich jedoch die Natur der Dienste auch ohne dieses Kriterium klar und sicher feststellen lassen, sofern man auf den Anstellungsvertrag zurückgreift.

Die Natur der Dienste ist nun noch in anderer Hinsicht von der grössten Bedeutung. Es ist nämlich möglich, falls sich die Beamteneigenschaft aus der Bestellung nicht ergibt, aus der Natur

[1]) E XXXII, 260.

der tatsächlich geleisteten Dienste einen Rückschluss auf die Beamteneigenschaft zu ziehen. Darüber wird später noch gehandelt werden.

§ 14.

Momente, die keine Voraussetzungen für den Erwerb der Beamteneigenschaft bilden.

Gewisse Momente könnten noch als weitere grundsätzliche Voraussetzungen für die Beamteneigenschaft angesehen werden, wenn ihnen nicht, wie z. B. dem Diensteide, diese Bedeutung ausdrücklich durch das Gesetz entzogen worden wäre. Andere Punkte können teils aus logischen Gründen, teils nach dem Geiste des § 359 keine Voraussetzungen für die Beamteneigenschaft sein.

I. Diensteid, bezw. besondere Verpflichtung.

Die wichtigste Frage hier ist wohl folgende: „Ist für den Erwerb der Beamteneigenschaft grundsätzlich die Ableistung eines Diensteides [1]) oder eine sonstige besondere Verpflichtung erforderlich?“

Das Gesetz selbst gibt Antwort darauf: Die Beamtenqualität bestimmt sich ohne Rücksicht darauf, ob eine Beeidigung oder sonstige Verpflichtung stattgefunden hat. Die zur Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen angestellten Personen sind Beamte, auch wenn sie keinen Diensteid geleistet haben. Massgebend ist eben einzig und allein die Anstellung, Dienste im Interesse des Staates und öffentlich-rechtliche Natur der Dienste. Dieser Grundsatz ist Reichsrecht und geht darum unbedingt dem Landesrechte vor. Mit Recht hat daher auch das Reichsgericht [2]) die Beamteneigenschaft eines Leichenschauers in Bayern bejaht, obwohl in dem fraglichen Falle die neben der Anstellung vorgeschriebene handgelübdliche Verpflichtung nicht stattgefunden hatte. Es klingt das im ersten Moment vielleicht etwas befremdend, wird aber sofort klar, wenn man scharf unterscheidet. Sind Anstellung und Vereidigung zwei voneinander unabhängige Punkte, so hat die Vereidigung auf den Erwerb der Beamteneigenschaft keinen Einfluss. Da bei einem Leichenschauer in Bayern die Gültigkeit der Anstellung nicht von einer handgelübdlichen Verpflichtung abhängig ist, so ist es auch für seine Beamteneigenschaft ohne Belang, wenn die handgelübdliche Verpflichtung nicht stattgefunden hat. Ganz anders liegt dagegen die Sache, wenn die Vereidigung oder besondere Verpflichtung mit zur Form der Anstellung selbst gehört.[3]) Die besondere Verpflich-

[1]) E IV, 24; IX, 409, XII, 270; XVIII, 408, XVIII, 37; XIX, 180, XXX, 345, XXXI, 293, XXXII, 261, XXXV, 325. — [2]) E XVII, 406.

[3]) Wo übrigens eine solche Bedingung besteht, ersetzt die blosse Vollziehung eines Eidesformulars die Eidesleistung nicht. E XII, 270.

tung des Beamten ist für seine Beamteneigenschaft nur dann von Bedeutung, wenn sie landesgesetzlich zur Vorbedingung der Uebertragung eines Amtes gemacht ist, wenn also ein noch nicht verpflichteter Funktionär auch noch nicht als „angestellt" anzusehen ist. Wie der Einzelstaat seine Beamten „anstellen" will, mit welchen Formalitäten er die Anstellung umkleiden will, ob er dazu eine eidliche Verpflichtung vorschreiben will oder nicht, ist von reichswegen ganz dem Belieben des einzelnen Bundesstaates überlassen. So ist z. B. nach Reichsrecht gemäss der Betriebsordnung für die deutschen Haupteisenbahnen von 1892 § 68 für die Bahnpolizeibeamten[1]), nach bayerischem Rechte gemäss der Gemeindeordnung Art. 141 für die von den Gemeinden für die notwendigen Dienstleistungen bei Handhabung der Ortspolizei und des Feldschutzes aufgestellten Diener, wie Nachtwächter, Feldhüter, Feldgeschworene die Beeidigung ein Essentiale der Anstellung, dasselbe gilt für die Fleischbeschauer[2]), die Gerichtsvollziehergehilfen[3]), die Privatforstbeamten, welche in Preussen nur durch die Leistung des im Gesetz vom 2. Juni 1892 vorgeschriebenen Eides die Eigenschaft eines Beamten erlangen. Diese Personen gelten also vor der Eidesleistung für den Staat nicht als „angestellt" im Sinne des Gesetzes; die Eidesleistung ist hier vielmehr die Form, in der sich für den Staat die Anstellung vollzieht. Auch das Reichsbeamtengesetz § 3 ist hier einschlägig. Dadurch ist bezüglich der Reichsbeamten nicht etwa die Vorschrift des § 359 RStGB. abgeändert worden; die Verabsäumung der im Reichsbeamtengesetz vorgeschriebenen eidlichen Verpflichtung ist auf die Pflichten, die der Betreffende durch die Uebernahme des Amtes dem Reiche oder Dritten gegenüber, mit denen er in amtlichen Verkehr getreten ist, übernommen hat, ohne Einfluss. Die eidliche Verpflichtung ist ja hier kein Formerfordernis für gültige Anstellung, sondern folgt dieser ganz unabhängig und gesondert nach.

Wenn nun auch die eidliche Verpflichtung, was nach obigem die Regel bildet, keine Vorbedingung für den Erwerb der Beamteneigenschaft ist, so kann sie doch ein Merkmal derselben bilden und somit einen oft nicht unwillkommenen Anhaltspunkt abgeben; der Inhalt des Eides dient dann als Grundlage für die Beurteilung der damit übernommenen Pflichten und für die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfange ein Beamtenverhältnis vorliegt.[4]) Die eidliche Verpflichtung kann als formeller unzweideutiger Berufungsakt in Betracht kommen, wenn die übertragene Beschäftigung nach

---

[1]) Vergl. Bahnpolizeireglement § 75; § 75 stellt durch das Wort „alsdann" einen inneren Zusammenhang zwischen der Vereidigung der Ausübung des Dienstes her. — [2]) Stgl. II. 225; E XVIII, 37; XIX, 180.

[3]) St. S. VIII, 524. — [4]) Vergl. E XXX, 345.

den Normen des öffentlichen Rechtes nur Ausfluss und Aeusserung eines öffentlichen Amtes sein kann. Andererseits kann natürlich das Fehlen einer eidlichen oder eidesstattlichen Verpflichtung für die Verneinung der Beamteneigenschaft wesentlich ins Gewicht fallen. So kommt der nach der „Anstellung" erfolgenden Vereidigung doch eine gewisse, wenn auch geringfügige Bedeutung für die Beamteneigenschaft zu.

Es ist also im allgemeinen zu sagen, dass die Beamteneigenschaft nicht erst durch die Uebertragung der Dienste seitens der hiezu berechtigten Behörde oder Person und durch Uebernahme seitens des Anzustellenden erworben wird. Eine nach der Anstellung noch erfolgende besondere Verpflichtung hat dann nur einen ideellen, moralischen Wert; sie verstärkt insbesondere subjektiv die Verbindlichkeit zur Beachtung der mit dem Dienstantritt übernommenen Pflichten und bietet so eine grössere Garantie für pünktliche und gewissenhafte Erfüllung der Amtsobliegenheiten.

II. Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Dienste.[1])

Es macht keinen Unterschied, ob mit der Uebertragung einer amtlichen Funktion besondere Vorzüge oder Vorrechte verbunden sind, wie z. B. Amtscharakter, Amtskleidung, Titel, Unabsetzbarkeit usw. Ebenso ist es begrifflich vollständig gleichgültig, ob das Dienstverhältnis einen Anspruch auf Gehalt gewährt oder nicht. Daher sind Beamte im Sinne des § 359 auch unbesoldete, sogenannte Ehrenbeamte.[2]) Ferner sind Beamte die Postagenten in Elsass-Lothringen.[3]) Diejenigen Umstände, welche sie in rechtlicher Beziehung von den anderen Beamten der Post unterscheiden, dass sie nämlich 3-monatlicher Kündigung unterworfen sind, dass sie keinen Anspruch auf Ruhegehalt haben, ändern an der allein wesentlichen Tatsache nichts, dass sie im Dienste des Reiches angestellt sind.

Falls aber die Dienstleistungen, was ja wohl meist der Fall ist, entgeltliche sind, so kommt es natürlich auch nicht darauf an, in welcher Form das Entgelt geleistet wird, bald bezieht der Beamte ein festes Gehalt, bald eine Vergütung nach Massgabe des Geleisteten, bald ist er nur auf den Bezug solcher Gebühren, welche für jede einzelne Dienstleistung von Privaten, die eben die Tätigkeit des betreffenden Beamten in Anspruch nehmen, zu entrichten sind. Beispiele hiefür bieten die Notare[4]) und die Gerichtsvollzieher, für die staatlich aufgestellte Gebührenordnungen gelten,[5]) ferner Fleischbeschauer, Hundefänger usw.

---

[1]) R II, 108; VI, 134, E I, 327; XXX, 29. — [2]) E XXXV, 327.
[3]) E XXI, 310. — [4]) Siehe darüber § 23. — [5]) Vergl. auch RG. I, 18. März 1880, 24. Juni 1880, E I, 327; XXX, 29.

Findet eine Honorierung bestimmter Dienste statt, so ist ihr jedenfalls eine gewisse Bedeutung nicht abzusprechen. Aus der Bezahlung mancher Dienstleistungen aus öffentlichen Mitteln kann unter Umständen eine Anstellung gefolgert werden. Denn aus öffentlichen Mitteln werden doch regelmässig nur solche Dienste bezahlt, die eben im öffentlichen Interesse liegen, also Staatszwecken dienen. Falls eine Anstellung nicht an sich schon zweifelsfrei vorliegt, so kann bei Beantwortung der Frage nach der Anstellung, die Bezahlung der Dienste aus staatlichen Mitteln für die Annahme einer Anstellung sehr wohl ins Gewicht fallen. Wie die eidliche Verpflichtung ein Merkmal für die Beamteneigenschaft sein kann, so kann die Bezahlung der Dienste aus öffentlichen Mitteln eben ein Merkmal für die Anstellung sein.

Als Grundsatz ist also festzuhalten, dass für das Vorhandensein der Beamteneigenschaft die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Dienste nicht in Betracht kommt.

III. Tatsächliche Bekleidung des Amtes.

Eine weitere Frage ist die, ob das Amt auch tatsächlich bekleidet sein muss, damit man von Beamteneigenschaft sprechen kann. Richtig ist wohl, dass es nicht darauf ankommt, ob das Amt tatsächlich auch bekleidet wird, das soll an einem Beispiel nachgewiesen werden: auch die zur Disposition gestellten Beamten sind Beamte im Sinne des § 359 RStGB.: sie sind angestellt und zwar im öffentlichen Dienste des Staates; nur werden sie während der Zeit ihrer Stellung zur Disposition nicht für den Staat tätig oder mit anderen Worten, ihre Tätigkeit ist auf unbestimmte Zeit unterbrochen. Eine Auflösung des besonderen Verhältnisses, in dem sie zum Staate stehen, wird dadurch nicht bewirkt. Wenn ein Beamter seinen Urlaub geniesst, so ist dadurch auch seine Tätigkeit unterbrochen; und doch wird niemand behaupten wollen, dass er während seiner Urlaubszeit nicht „Beamter“ sei. Genau so sind auch die zur Disposition gestellten Beamten noch „Beamte“ im Sinne von § 359, obwohl sie tatsächlich ein Amt nicht bekleiden. Natürlich werden manche Paragraphen des Beamtenstrafrechts dann ausser Betracht kommen. So kann z. B. ein zur Disposition gestellter Beamter sich der in den §§ 331, 332 RStGB. bezeichneten strafbaren Handlungen nicht schuldig machen; kann er doch die in diesen §§ erforderten „Handlungen, die in sein Amt einschlagen“, nicht vornehmen, da er ja während seiner Stellung zur Disposition das Amt gar nicht ausüben darf. Würde er die Amtshandlung dennoch vornehmen, so könnte er nach § 132 RStrGB. wegen Amtsanmassung zur Rechenschaft gezogen werden. Dagegen ist z. B seine Beamteneigenschaft im Falle des § 196 RStGB. von e-deutung: bei Beleidigungen haben nicht nur er selbst, sondern auch

seine amtlichen Vorgesetzten, die er während seiner Stellung zur Disposition ja beibehält, das Recht, den Strafantrag zu stellen.

II. Erwerb der Beamteneigenschaft durch stillschweigende Anstellung.

§ 15.

1. Stillschweigende Anerkennung oder Genehmigung.[1])

Für die Beamtenqualität ist eine ausdrückliche schriftliche Anstellung nicht immer erforderlich. In welcher Form die Anstellung vor sich geht, ist ganz gleichgültig; Hauptsache ist, dass überhaupt eine Anstellung vorliegt. Es kann daher der Akt der Anstellung unter Umständen auch in der stillschweigenden Genehmigung seitens der vorgesetzten Behörde gefunden werden. Die rechtliche Natur der Anstellung ist nichts anderes als ein Vertrag. Wenn nun bei einem zivilrechtlichen Vertrag der Vertragswille des einen Kontrahenten aus konkludenten Handlungen bezw. aus seinem Stillschweigen gefolgert werden kann, warum sollte dasselbe nicht auch beim Anstellungsvertrag möglich sein! Die stillschweigende Anstellung besteht nun darin, dass die zuständige vorgesetzte Behörde die ohne ausdrückliche Anstellung tätig gewordene Person einfach ohne Einspruch weiter wirken lässt. Dadurch gibt die Behörde stillschweigend zu erkennen, dass sie die Tätigkeit des Betreffenden als die eines Beamten genehmigt.

Allerdings darf man in der Annahme einer stillschweigenden Anstellung auch wieder nicht zu weit gehen und nicht überall im Funktionierenlassen eine Anstellung finden wollen. Es muss sich jedenfalls stets um ein solches Amt handeln, das zu übertragen die Behörde aus deren Stillschweigen man die Anstellung folgern will, überhaupt berechtigt ist. Wo z. B. die Ausübung eines Amtes in einer bestehenden Berechtigung ihren Grund hat, ist der Träger des Amtes nicht „Beamter". Wohl wird auch hier die Behörde den Träger des Amtes tätig sein lassen; doch ist darin keine stillschweigende Anerkennung oder Genehmigung zu finden. Denn die Behörde ist ja gar nicht berechtigt, das Amt zu übertragen, sondern der Rechtsgrund für die Ausübung des Amtes liegt in der bestehenden Berechtigung dazu.

Der Anstellungswille des Dienstherrn, also des Staates, kann ferner nicht nur aus dem formellen Anstellungsdekret, sondern auch

[1]) RG. IV. Z. S. 14. Nov. 1898. RG. III. Z. S. 16. Mai 1902. E IX, 210 Erk. d. Kompetenzgerichtshofes v. 13. Septbr. 1879. Minist.-Reskript vom 11. März 1863 (Preussen), Zentralblatt S. 98. Klaunig: Das preussische Volksschulwesen, S. 444. Laake: Die Schulaufsicht S. 160.

aus konkludenten Handlungen entnommen werden. Solche konkludente Handlungen sind z. B. die Uebersendung der zur Ausübung des Amtes erforderlichen Bücher, Register, Listen usw., die Anweisung eines Amtszimmers u. dgl.

§ 16.

2. Rückschluss auf die Beamteneigenschaft aus der Natur der tatsächlich geleisteten Dienste.[1])

In erster Linie entscheidet nach dem Wortlaute und Sinne des § 359 über das Vorhandensein der Beamteneigenschaft die „Anstellung", d. i. jener Vertrag öffentlich-rechtlicher Art, welcher durch den wechselseitig erklärten übereinstimmenden Willen des Staates und der anzustellenden Person zustande kommt. Der Abschluss dieses Vertrages kann auf verschiedene Weise vor sich gehen; die regelmässige Form ist, insbesondere nach Reichsrecht, die Aushändigung der Anstellungsurkunde; andere Formen sind mündliche Bestellung, Vereidigung, Verpflichtung, Genehmigung, Bestätigung usw. Wenn nun derartige unzweideutige formale Berufungsakte fehlen oder sich nicht sicher nachweisen lassen, so wird zu prüfen sein, ob nicht etwa aus der Art und Beschaffenheit der tatsächlich ausgeübten öffentlich-rechtlichen Dienstfunktionen auf die Beamteneigenschaft zurückgeschlossen werden kann.[2]) Es darf aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass dieser Rückschluss erst in zweiter Linie statthaft ist, dass die Natur der Dienste nur im allgemeinen ein Kriterium für das Vorhandensein der Beamteneigenschaft bildet, wo letztere nicht schon aus der Anstellung sich ergibt.

Ein derartiger Rückschluss verlangt nun aber, um zu einem sicheren positiven Ergebnis zu führen, zwei Voraussetzungen als erfüllt:

a) Einmal müssen die Dienstverrichtungen solche sein, dass sie gemäss den staatsrechtlichen Grundsätzen nur im Falle der Ausübung durch einen öffentlichen Beamten Wirksamkeit im öffentlichen Rechtsleben erlangen können. Es müssen Dienste in Frage stehen, die gewöhnlich nur geleistet werden auf Grund eines Anstellungsvertrages, dessen Inhalt an Rechten und Pflichten ganz oder zum Teile nach Massgabe öffentlich-rechtlicher Bestimmungen sich gestaltet, also Dienste, die von einem Nichtbeamten überhaupt gar nicht geleistet werden können.[3]) Dann wird der Rückschluss aus der Natur dieser Dienste auf die Beamteneigenschaft seine Berechtigung haben. So ist z. B. ein vor eingeholter Genehmigung des Oberpostamtes seitens eines bayerischen Postexpeditors mit der

[1]) Entsch. RG. **28**, 80, 85; **37**, 241, 298, 304, **38**, 321, **53**, 423.
[2]) Dagegen Binding, Bd. 2, S. 385.
[3]) R. VI, 711; E V, 327; XVI, 378, XX, 70, XXIV, 83.

Klausel „auf Haft und Gefahr des Expeditors“ angenommener Gehilfe als Beamter anzusehen, weil er mit Dienstverrichtungen befasst wird, die ihrer Natur nach Bedeutung und Wirkung nur unter der Voraussetzung der Wahrnehmung durch einen öffentlichen Beamten gewinnen können.[1]) Ja selbst der Vermerk in einem Dienstvertrage, dass die Person die Rechte eines öffentlichen Beamten nicht haben soll, schliesst die Möglichkeit nicht aus, dass dennoch eine Anstellung als Beamter erfolgt ist; dies ist nämlich dann der Fall, wenn Verrichtungen übertragen sind, die nur Ausfluss eines öffentlichen Amtes sein können. Dagegen darf obige Schlussfolgerung nicht auch in umgekehrter Weise gezogen werden: es wäre nicht richtig zu sagen: Wenn die Art der Dienstleistung äusserlich den in Privatverhältnissen vorkommenden Arbeitsformen gleich oder ähnlich ist, so könne der Leistende nicht als Beamter gelten. Man würde sich damit auf äussere Unterscheidungsmerkmale stützen, die in einem modernen Staatswesen völlig versagen. Denn die Arbeitsformen des Staatsdienstes sind den Arbeitsformen des Privatdienstes in vielen Zweigen ausserordentlich nahe verwandt, da ja der moderne Staat in so gewaltigem Masse Gebiete des wirtschaftlichen Lebens erfasst und sie seinen Zwecken unterordnet. Es möge der Hinweis genügen auf Post- und Eisenbahnwesen, auf Bergwerke und Domänen!

Die Interessen des Staates sind nun aber gerade durch dieses Eindringen in das wirtschaftliche Leben ausserordentlich mannigfaltig.

Je nach Art und Bedeutung dieser Interessen wird der Staat auch ganz verschiedene Wege und Mittel zu ihrer Befriedigung wählen; bald werden Mittel und Wege privatrechtlicher, bald öffentlich-rechtlicher Natur zu Hilfe genommen werden.

Gerade deshalb aber kann der Umstand, dass jemand gewisse im öffentlichen Interesse liegende Dienste leistet, für sich allein noch nicht hinreichen, um den Rückschluss auf die Beamteneigenschaft zu rechtfertigen. Ja selbst im öffentlichen Interesse liegende Dienste, die nur unter der Voraussetzung der Wahrnehmung durch einen öffentlichen Beamten rechtliche Wirkung gewinnen können, bieten noch keine ausreichende Grundlage für einen sicheren Rückschluss. Es muss vielmehr noch ein zweites Erfordernis hinzutreten:

b) Es muss klar erkennbar sein der Wille und die Absicht der zur Anstellung berechtigten staatlichen Organe, dem Betreffenden die Amtsausübung zu übertragen und ihm damit die Beamteneigenschaft zu verleihen. Der Schluss auf das Vorhandensein eines solchen Willens wird insbesondere dadurch bestärkt werden, dass die fragliche Person innerhalb der Grenzen ihres Amtes tätig ge-

---

[1]) Vergl. E II, 189; XIV, 378.

worden ist, ohne dass die vorgesetzte Behörde Widerspruch gegen ihre Wirksamkeit eingelegt hat.

Nur wenn diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, wird man befugt sein, aus der Natur der tatsächlich geleisteten Dienste auf die Beamteneigenschaft zurückzuschliessen, und die für die Anstellung erforderliche Willensübereinstimmung zwischen Staat und Angestellten als vorhanden anzunehmen.[1])

2. Kapitel.

Die Anstellungsberechtigten.

§ 17.

Allgemeines.[2])

Von wem hat nun die Anstellung auszugehen? Wer hat die Macht, einer Person die Beamteneigenschaft zu verleihen? Diese Frage wird nur nach dem einschlägigen Staatsrecht beantwortet werden können. So wird für die Staatsbeamten regelmässig der König zur Berufung zuständig sein, für Gemeindebeamte die Gemeinden, für Kreisbeamte der Landrat usw., doch kann darauf hier nicht näher eingegangen werden, da die Frage in rein staatsrechtliches Gebiet führen würde. Nur ein Punkt bedarf noch weiterer Ausführung: der Begriff der unmittelbaren und mittelbaren Beamten. § 359 RStGB. spricht von einem „unmittelbaren oder mittelbaren Dienste".

Unmittelbare Beamte sind diejenigen Personen, die von einer staatlichen öffentlichen Behörde zur Leistung von Diensten öffentlich-rechtlicher Natur angestellt werden und die ihre Dienste direkt dem Staate als solchem leisten. Grundsätzlich hat der Staat allein das Recht, die Beamteneigenschaft zu verleihen: tut er das durch seine eigenen Organe, so kommt die Anstellung sozusagen aus erster Quelle: sie ist eine unmittelbare. Der Staat stellt aber Personen nicht für Interessen anderer, sondern für seine eigenen Interessen auf; der vom Staate Angestellte wird für Zwecke des Staates selbst tätig: er steht in unmittelbarem Dienste des Staates.

Nun kann die Berufung aber auch „mittelbar" geschehen, durch eine dem Staate untergeordnete, organisch in dessen Verfassung eingegliederte Gemeinschaft, durch eine privatrechtliche Korporation, ja sogar durch eine einzelne Privatperson. Diese Beamten werden nicht unmittelbar für den Staat selbst tätig, sondern zunächst und unmittelbar für Zwecke der sie anstellenden Person.

---

[1]) E II. 189, XX, 72; XVI, 379; aber Rspr. VI. 26.
[2]) E I 153; VII, 210, XIV, 130; XXIX, 184, XXX, 29 Frank S. 453.

Nun kann aber an diesen Zwecken der Staat selbst das grösste Interesse haben. Dann werden die betreffenden Beamten mittelbar auch für den Staat tätig: sie stehen in mittelbarem Dienste des Staates. In diesem Falle ist folgendes von Wichtigkeit:

a) Die dem „mittelbaren" Beamten übertragenen Dienste müssen solche sein, die staatlicher Autorität bedürfen. So sind z. B. die Lehrer an einer Privatlehranstalt nicht Beamte: ihre Tätigkeit bedarf keiner staatlichen Autorität; daran ändert selbst der Umstand nichts, dass der Staat eine eidliche Verpflichtung dieser Lehrer für nötig erachtet; diese soll ja nur eine gewisse Garantie für gewissenhafte Pflichterfüllung bieten.

b) Vor allem aber ist wichtig, dass der Staat eine solche mittelbare Berufung seinerseits auch anerkennt, sei es in dieser oder in jener Form, sei es durch Bestätigung, Anerkennung, Genehmigung usw., sei es ausdrücklich oder stillschweigend. Dadurch leiht der Staat den Dienstverrichtungen der so berufenen Person seine staatliche Autorität. Der Beamte aber, der so unter staatlicher Autorität wirksam wird, unterliegt somit auch der Aufsicht und der Kontrolle des Staates.

Je nach dem anstellenden Organ kann man nun verschiedene Gruppen von mittelbaren Beamten unterscheiden: Kreis-, Distrikts-, Gemeinde-Beamte, ferner Beamte, die von Privatkorporationen und Privatpersonen angestellt sind. Gerade die Kommunalbeamten spielen in unserem modernen Staatsleben eine grosse Rolle, was bei dem äusserst regen Anteil der Gemeinden am staatlichen Leben und an der Erfüllung staatlicher Aufgaben und bei dem immer stärker werdenden Streben nach Selbstverwaltung kaum noch Wunder nehmen wird. Daneben ist aber doch der Staat grundsätzlich und in erster Reihe zur „Anstellung" berechtigt und bleibt ausserdem auch in den Fällen der mittelbaren Anstellung stets derjenige Faktor, auf den in letzter Linie der öffentlich-rechtliche Grund für den Erwerb der Beamteneigenschaft zurückzuführen ist.

Die Anstellungsberechtigten, über die im folgenden etwas näher unter Heranziehung von konkreten Fällen gehandelt werden soll, sind nun:

§ 18.

I. Der Staat.

Der Staat ist bekanntlich die organisierte Gemeinschaft von Menschen. Diese Organisation kann aber sehr verschiedenartig sein: bald monarchisch als Kaiserreich, Königreich, Herzogtum usw. bald republikanisch. Darnach gliedern sich die Staatsbeamten in kaiserliche, königliche, herzogliche, republikanische usw. Staatsbeamte. Für uns ist von Wichtigkeit die Gliederung in Reichsbeamte

und Staatsbeamte im engeren Sinne. Diese Gliederung beruht auf dem Unterschied zwischen „Reich- und Bundesstaat“, genauer ausgedrückt zwischen „Reich“ und „Mitgliedsstaat“.

Die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, d. h. derjenigen Beamten, die im Dienste des deutschen Reiches wirken, werden nun durch ein besonderes Gesetz geregelt, das Reichsbeamtengesetz[1]) vom 31. März 1873. Darnach gehört zum Begriffe der Reichsbeamten die Anstellung durch das Reichsoberhaupt, den Kaiser.[2])

Ferner zählen zu den Reichsbeamten auch diejenigen Beamten, welche zwar nicht vom Kaiser, sondern von den Landesregierungen angestellt werden, die jedoch gemäss der Reichsverfassung den Anordnungen des Kaisers Folge leisten müssen. Hieher gehören:

a) Die von den Landesregierungen[3]) anzustellenden Post- und Telegraphenbeamten mit Ausnahme jener in Bayern und Württemberg.

b) Die Militärbeamten mit Ausnahme jener in Bayern.[4])

Die nach Massgabe der Verfassung und der Reichsgesetze vom Kaiser ernannten Beamten sind als „kaiserliche Beamte“ zu bezeichnen.[5]) Die Reichsbeamten gliedern sich wieder gemäss den einzelnen Wirkungskreisen des Reiches: Reichsbeamte im Reichsamt des Innern, im auswärtigen Amt, im Reichsschatzamt usw. Alle diese Reichsbeamten fallen unter den § 359 RStGB.

Staatsbeamte im engeren Sinne dagegen sind alle im Dienste — unmittelbar oder mittelbar — eines „Bundesstaats“ angestellten Personen. Und zwar bewirkt bei den unmittelbaren Staatsbeamten der Staat selbst die Anstellung, sei es durch das Staatsoberhaupt, sei es durch eine öffentliche staatliche Behörde. Die Rechtsverhältnisse dieser unmittelbaren Staatsbeamten regeln sich nach der einschlägigen Landesgesetzgebung. Es kann daher immer nur aus der für den einzelnen Fall massgebenden landesgesetzlichen Dienstpragmatik entschieden werden, ob eine Person als Beamter angestellt ist und ob diese oder jene Funktion zu den Amtspflichten gehört.

Im fürstlichen Hofdienste angestellte Personen sind in § 359 nicht erwähnt. Hofbeamte sind also als solche keine „Beamten“ nach § 359. Das schliesst aber nicht aus, dass ein Staatsdienst mit ihrer Stellung verbunden sein kann, sowie dass auf sie Berechtigungen von Staatsdienern übertragen werden können.[6]) So sind z. B. Beamte des Hofjagdamtes Beamte nach § 359[7]).

---

[1]) Ueber die Aufrechterhaltung der Norm in § 359 trotz Reichsbeamtengesetz § 7 cfr. Olshausen 5b Abs. 2 [ferner E XV, 244, XVII, 406; Rspr. V, 328]. — [2]) § 1 RBG v. 1873. — [3]) Art. 50 d. Reichs-Verfassung. — [4]) Art. 56 d, R.-Verfassung. — [5]) Erlass vom 3. 8. 1871 — RGB, 318. — [6]) E XXI, 381; vergl. dagegen Erkenntnis d. preuss. Ob.-Tribun. vom 24. März 1859. Preuss. Justiz-Minist.-Bl. S. 207.

[7]) E XII, 419; dagegen Herbst G. 28, 337.

Ist ein Hofbeamter gemäss Personenstandsgesetz vom 6. Febr. 1875 § 72 zum Standesbeamten für die fürstliche Familie ernannt worden, so erhält er insoweit Beamtencharakter.

§ 19.

2. Die Kommunalverbände.

In zweiter Linie kommen als anstellungsberechtigt die Kommunalverbände in Betracht, d. h. die dem Staate organisch eingegliederten und untergeordneten Personenmehrheiten, die staatliche Interessen unter staatlicher Aufsicht und Kontrolle wahrnehmen. Diese Kommunalverbände sind in Bayern der Kreis, der Distrikt und die Gemeinde. Da diese letzteren einerseits immer mehr nach Selbstverwaltung streben, andererseits der Staat manche Aufgaben, die eigentlich ihm unmittelbar zufallen würden, auf die Gemeinden abwälzt, so ist es ganz natürlich, dass die Gemeinden für unsere Frage von überwiegender Bedeutung sind. Es sollen darum im folgenden auch nur die Beamten der Gemeinden berücksichtigt werden.

Art. 1 der bayerischen Gemeindeordnung bezeichnet die Gemeinden als „öffentliche Körperschaften mit dem Rechte der Selbstverwaltung nach Massgabe des Gesetzes". Wenn nun auch in vermögensrechtlicher Hinsicht den Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung eingeräumt ist, so berücksichtigt doch das Gesetz aufs eingehendste das staatliche Interesse an einer geordneten, den staatlichen Zwecken entsprechenden Vermögensverwaltung (vergl. Art. 133, 136). Daher unterstehen auch die Behörden und Beamten der Gemeinden durchweg der Oberaufsicht und Disziplin der Staatsbehörden (Art. 154). Art. 156 bestimmt: Die Polizeiverwaltung in den Gemeinden unterliegt der ununterbrochenen Aufsicht der vorgesetzten Behörde. Art. 157 setzt ausdrücklich fest, worauf sich sogar bei Verwaltung der eigentlichen Gemeindeangelegenheiten die Handhabung der Staatsaufsicht erstreckt. Ja, nach Art. 167 können bestimmte Gemeindebeamte wegen grober Pflichtverletzung usw. durch Disziplinarerkenntnis der vorgesetzten Kreisregierung des Dienstes entlassen werden. Aus all dem ergibt sich, dass das Gesetz die Gemeindebeamten als, wenn auch nur mittelbare, Organe des Staates betrachtet. Ihre Tätigkeit ist darauf gerichtet, Zwecke des Staates zu erfüllen und zu fördern, sei es nun auf dem Gebiete der Ortspolizei, sei es in der Armenpflege, im Kirchenwesen, im Schulwesen usw. Das sind lauter Aufgaben öffentlich-rechtlicher Natur; eine derartige Tätigkeit aber verleiht den damit Betrauten notwendig die Eigenschaft eines Beamten nach § 359.[1])

[1]) Entsch. d. oberst. Gerichtshof f. Bayern III, 53: Bürgermeister einer Landgemeinde. Entsch. d. k. OLG. München IV, 190.

Dazu kommt noch ein Moment: Man muss grundsätzlich sagen, dass die Anstellung im Sinne von § 359 eigentlich gar nicht durch die Gemeinden erfolgt: diese geben vielmehr nur den ersten Anstoss zur Anstellung, sie haben gleichsam ein in etwas feinere Formen gekleidetes Vorschlagsrecht. Denn fast durchweg ist für die Anstellung von Gemeindebeamten die Genehmigung der Staatsregierung oder einer sonstigen staatlichen Behörde erforderlich. Diese Mitwirkung des Staates ist aber das Entscheidende bei der Anstellung, ist der rechtliche Grund für den Erwerb der Beamteneigenschaft. Dabei ist natürlich die Form der Mitwirkung wiederum vollständig gleichgültig. Es erscheint darum auch ein im Gemeindedienst „Angestellter", angestellt im Sinne der Anstellung durch die Gemeinde, nicht im Sinne der Anstellung nach § 359, selbst wenn seine Funktionen tatsächlich die eines Beamten sind, vor der staatlichen Genehmigung bez. Bestätigung grundsätzlich nicht als Beamter nach § 359.

Der Grund für eine solche Beschränkung der Gemeinden hinsichtlich der Anstellung ihrer Beamten liegt eben darin, dass den Gemeinden eine umfangreiche Tätigkeit für staatliche Zwecke obliegt. Es ist klar, dass der Staat dafür sorgt, dass die Wahrnehmung staatlicher Interessen nur fähigen und tüchtigen Personen anvertraut wird.[1])

Für die wichtigsten Gebiete gemeindlicher Tätigkeit: Ortspolizei, Armenwesen, Schul- und Kirchenwesen einige Beispiele!

Gemeindenachtwächter sind Beamte nach § 359. Ihre Tätigkeit besteht in Diensten öffentlich-rechtlicher Natur, für den Staat mittelbar, für die Gemeinde, in der sie tätig werden, unmittelbar. Die Tätigkeit und der Wirkungskreis der Nachtwächter regelt sich nicht nur nach dem Anstellungsvertrage, sondern auch nach öffentlichen Rechtsnormen, sei es nun dass diese in der Gemeindeordnung selbst, sei es in polizeilichen Verordnungen oder Ortsstatuten u. dgl. enthalten sind. In irgend einer Form stellt der Staat solche öffentliche Rechtsnormen auf; denn eine der Aufgaben des Staates ist es, für Ruhe, Ordnung und Sicherheit zu sorgen. Die Anstellung im Sinne von § 359 liegt in der Aufstellung durch die Gemeinde und der Verpflichtung durch die vorgesetzte Distriktsverwaltungsbehörde. Das Reichsgericht[2]) steht hier auf einem anderen Standpunkt, indem es behauptet, Gemeindenachtwächter seien Beamte, auch wenn sie vom Bezirksamt noch nicht verpflichtet sind.

Indes scheint mir diese Auffassung irrtümlich zu sein. Das Reichsgericht stützt sich insbesondere auf Abs. 4 des Art. 141 der bayerischen Gemeindeordnung. Hieraus könnte, meint das Reichs-

---

[1]) E VIII, 29; XIV, 351; XXII, 39; Rspr. VI, 134. — [2]) E IX, 410.

gericht, höchstens das gefolgert werden, dass den Gemeindebediensteten die Ausübung einzelner, sonst mit ihrem Amte verknüpfter Befugnisse, wie die Festnahme und Pfändung, erst vom Zeitpunkt der Verpflichtung an zustehe, und dass im übrigen die Uebertragung und Ausübung des Amtes selbst, dessen Verleihung ja der Gemeinde zustehe, von der Verpflichtung durch die vorgesetzte Behörde nicht abhängen soll. Diese Folgerung wird m. E. durch das Wörtchen „sodann" im 3. Abs. des Art. 141 umgestossen.

Denn durch das Wort „sodann" wird ein innerer Zusammenhang zwischen der Vereidigung und der Ausübung der Dienste hergestellt, d. h. erst durch die Verpflichtung erlangen die Gemeindebediensteten die Beamteneigenschaft, deren Ausfluss dann der amtliche Glaube öffentlicher Diener ist.

Und Abs. 4 des Art. 141 soll nur die beiden, so ausserordentlich wichtigen Rechte der Polizei auch für die Gemeindebediensteten ausdrücklich feststellen.

Ein Feldhüter[1]) ferner ist ebenfalls Beamter. Er hat bei der Handhabung der Feldpolizei, des Feldschutzes mitzuwirken. Er ist von der Gemeinde in widerruflicher Weise anzustellen, von der vorgesetzten Distriktspolizeibehörde zu verpflichten und hat sodann, also erst nach der Verpflichtung, den amtlichen Glauben öffentlicher Diener.

Ferner sind die Fleischbeschauer Beamte.[2]) Sie werden zur Besichtigung des der Schau unterworfenen Schlachtviehes, sowie der zum Verkaufe ausgesetzten Fleischwaren von der Gemeinde aufgestellt und vom Bezirksamt verpflichtet. Diese Untersuchung von Fleisch, welches zum Verkauf gebracht werden soll, hat der Staat aus sanitätspolizeilichen Gründen zwangsweise eingeführt. Oeffentliche Rechtsnormen, enthalten in Gesetzen und polizeilichen Verordnungen, spielen in den Anstellungsvertrag der Fleischbeschauer hinein. Die Fleischbeschauer leisten also Dienste öffentlich-rechtlicher Natur im Interesse des Staates.

Weiterhin sind Beamte die auf dem Gebiete der öffentlichen, gemeindlichen Armenpflege[3]) tätigen Personen. Die Armenpflege gehört zu den Aufgaben des Staates, und die Verwaltung der öffentlichen Armenpflege fällt unter die im Interesse und unter Kontrolle des Staates von den Gemeinden zu besorgenden Angelegenheiten. Die kraft der Gemeindeverfassung zur Mitwirkung bei dieser Verwaltung angestellten Personen stellen sich somit als mittelbare Beamte des Staates dar.

---

[1]) E X, 64. — [2]) E IV, 424, IX, 139, XIX, 180, 197; OSt. S. II, 167; IV, 451.
[3]) E III, 420.

Ein anderes ausserordentlich wichtiges Gebiet gemeindlicher Wirksamkeit bildet das Volksschulwesen. Sind die Volksschullehrer Beamte, wenn ja, sind sie unmittelbare oder mittelbare Beamte?[1]) Die Besetzung der Schulstellen mit Lehrern, Schulverwesern und Hilfslehrern kommt gemäss § 46 der Formationsordnung vom 17. Dez. 1825 der Kreisregierung, Kammer des Innern, zu. Es liegt also bei den Volksschullehrern eine „Anstellung" im Sinne des § 359 RStGB. durch eine amtliche Stelle vor. Für den Charakter dieser Anstellung sind die Beschränkungen der Befugnisse der Kreisregierungen durch Vorschlags- und Präsentationsrechte ohne Bedeutung. Das zweite Erfordernis für die Beamteneigenschaft ist die Leistung von Diensten öffentlich-rechtlicher Natur. Auch das ist bei den Volksschullehrern der Fall. Ihr Anstellungsvertrag wird mitbestimmt durch die in Schulbedarfsgesetzen usw. enthaltenen öffentlichen Rechtsnormen. Sie wirken mit bei der Erfüllung einer Aufgabe des Staates. Das Volksschulwesen, d. h. die Summe der Tätigkeiten, welche auf die erste Erziehung und Bildung der heranwachsenden Jugend gerichtet sind, bildet eine, vielleicht die wichtigste Aufgabe des Staates; denn dadurch sichert er sich ja seinen eigenen Fortbestand: in der Jugend liegt die Zukunft eines Staates. Auch das dritte Erfordernis für die Beamteneigenschaft, der Eintritt in ein Dienstverhältnis zum Staate ist für den Volksschullehrer gegeben. Es handelt sich hier noch um die Frage, ob sie in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste des Staates stehen. Die Beantwortung der Frage wird verschieden ausfallen, je nachdem man den staatsrechtlichen Charakter der Volksschule beurteilt. Schliesst man sich der von Seydel und dem Verwaltungsgerichtshof vertretenen Ansicht an, dass die Volksschulen Staatsanstalten sind, so ergibt sich konsequent, dass die Volkschullehrer nicht Gemeindediener, sondern Staatsdiener sind: sie sind somit unmittelbare Beamte, da sie dem Staate unmittelbar dienen. Ich stehe auf dem entgegengesetzten Standpunkt und halte die Volksschule für eine Gemeindeanstalt. Das Schulbedarfsgesetz vom 10. Nov. 1861 stellt nämlich den Grundsatz auf: „Die deutschen Schulen sind Gemeindeanstalten." Nun hat allerdings das neue Schulbedarfsgesetz vom 20. Juli 1902 jenen allgemeinen Grundsatz gestrichen, aber mit der ausdrücklichen Begründung, dass hierdurch an dem rechtlichen Charakter der Volksschule nichts geändert werden soll, d. h. da die Volksschulen bisher Gemeindeanstalten waren, sollen sie es auch in Zukunft bleiben. Die Volksschullehrer sind daher Gemeindediener: sie stehen zwar

---

[1]) E XXV, 89; XXVIII, 19. St. S. VII, 374 St. S. VI, 179; Arbeitslehrerinnen. Beamte sind die Lehrer einer unter Mitwirkung der zuständigen Verwaltungsbehörde gebildeten Handwerkerschule, sollten sie auch weder vereidigt noch besoldet sein. O I, 396.

im öffentlichen Dienste, dienen jedoch dem Staate nur mittelbar, unmittelbar aber der Gemeinde, aus deren Mitteln sie auch erhalten werden[1].) Die Volksschullehrer sind somit als mittelbare Beamte anzusehen.

Zuletzt noch eine wichtige Frage: Sind die Pfarrer die Geistlichen, Beamte[2]) nach § 359 RStGB.? Ob die Geistlichen zu den Staatsbeamten gerechnet werden dürfen, hängt in jedem einzelnen Staate von der Stellung ab, welche die Religionsgemeinschaften nach der Verfassung desselben einnehmen. Gemäss der Stellung der römischen Religion im römischen Staatswesen waren die sacerdotes der Römer Staatsbeamte. Die Verfassungsurkunde des deutschen Reiches enthält über diesen Punkt keine Bestimmungen. In den Verfassungen der deutschen Staaten ist die Freiheit des religiösen Bekenntnisses gewährleistet. Diese Vorschriften haben die „geistlichen Beamten" aus dem Kreise der Staatsbeamten ausgeschieden. Es hat deshalb auch das preussische Strafgesetzbuch und nach ihm das RStGB. für sie die besondere Bezeichnung „Religionsdiener". Die Beamten der Religionsgesellschaften gehören selbst dann nicht zu den Beamten im strafrechtlichen Sinne, wenn ein Staat, wie dies die beiden Mecklenburg und Koburg-Gotha mit Bezug auf die protestantische Kirche tun, sie unter die Staatsbeamten einreiht: Reichsrecht geht vor Landesrecht.[3]) In seinen rein kirchlichen Funktionen ist also der Pfarrer kein Staatsbeamter, rein kirchliche Dinge liegen ausserhalb der Interessensphäre des Staates. Beamte im Sinne des RStGB. dagegen sind die Militär- und Anstaltsgeistlichen: ihre Tätigkeit dient eben auch staatlichen Zwecken und regelt sich zum Teil nach öffentlichen Rechtsnormen! Vielfach waren und sind ausserdem noch den Pfarrern staatliche Funktionen übertragen. So waren z. B. Geistliche „Beamte", insoweit und solange sie die mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Kirchenbücher führten. Dasselbe gilt jetzt noch, wenn sie als staatlich bestellte Lehrer, als Lokal- oder Distriktsschulinspektoren fungieren, oder wenn sie Mitglieder der Armenpflegschaftsräte sind. Zufolge des Instituts der Zivilehe können Religionsdiener nur unter ganz besonderen Umständen (Grenzpfarreien!) als Täter nach § 338 RStGB. in Betracht kommen. Geistliche sind Beamte, soweit sie auch nach Erlass des Personenstandsgesetzes ermächtigt sind, aus Kirchenbüchern Zeugnis mit amtlichem Charakter zu erteilen.[4]) In einer wichtigen Richtung erscheinen die Pfarrer noch als Staatsbeamte: in der Richtung der Verwaltung des Kirchenvermögens.[5]) Sie er-

---

[1]) Vergl. offizielle Denkschrift in den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten. 1899/1900 Beilagen Bd. 2, Beilage Nr. 218.
[2]) R X, 385, E II, 316; III. 258; XIV, 130 A. M. Oppenheim 29.
[3]) Vergl. Rspr. X, 385. — [4]) R. V, 56; O. XV, 375. — [5]) O. XVII. 743.

scheinen in gesetzlicher Weise, durch die Anstellung als Pfarrer berufen, als Organ der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität für die Herbeiführung der Zwecke des Staates, bei Ueberwachung des Kirchenvermögens tätig zu sein.[1]) Auf die Verwaltung des Kirchenvermögens übt der Staat kraft seiner Kirchenhoheit vielfach Einfluss. Die moderne Staatsgesetzgebung hat die kirchliche Vermögensverwaltung der Staatsaufsicht unterstellt und für sie eine Beteiligung der Gemeindemitglieder nach dem Grundsatze der Selbstverwaltung eingeführt.[2]) In jeder katholischen Gemeinde werden die kirchlichen Vermögensangelegenheiten durch einen Kirchenvorstand für die laufenden Angelegenheiten und durch ein weiteres Organ, die Gemeindevertretung hinsichtlich der wichtigeren Verwaltungsakte besorgt. Dieser Kirchenvorstand besteht aus dem Pfarrer und mehreren durch die Gemeinde auf Zeit gewählten Kirchenvorstehern. Der Pfarrer ist also Mitglied einer vom Staate errichteten Vertretungsbehörde der Pfarrgemeinde für deren Vermögensverwaltung. Diese Behörde und die einzelnen Mitglieder derselben hat der Staat, eben weil sie in staatlichem Interesse tätig sind, seiner Aufsicht und Kontrolle unterworfen und ihnen insoweit den Charakter von mittelbaren Staatsbeamten beigelegt. Dabei ist es ohne Bedeutung, dass die Pfarrer Diener einer öffentlichen Religionsgesellschaft sind. Allerdings sind sie in bezug auf die inneren Kirchenangelegenheiten nicht Staatsbeamte; aber andererseits erscheinen sie doch als gesetzlich berufene Mitglieder der von der Staatsgewalt eingesetzten Kirchenvermögensverwaltung. Und in dieser Eigenschaft sind sie dann Beamte im Sinne des § 359 RStGB.

Zu den dem Staate organisch eingegliederten und untergeordneten Personenmehrheiten gehören auch trotz ihrer Verschiedenheit in den einzelnen deutschen Staaten die Hochschulen.

Sie sind öffentlich-rechtliche Körperschaften; sind doch auch die Titel und Würden, die sie alle verleihen, öffentliche Titel und Würden im Sinne des § 33 RStGB. Die Beamten der Universitäten und technischen Hochschulen, z. B. Polytechnikum in München, sind darum als „Beamte“ im Sinne des § 359 RStGB. anzusehen.

---

[1]) Vergl. § 64 der Beilage II zu Titel IV, § 9 der bayer. Verfass.-Urk. v. 26. V. 1818; durch d. bayer. Gem.-Ordg. für die Landesteile rechts des Rheins vom 29. April 1869 Art. 206 Abs. 2 Ziff. 3 ist aufrecht erhalten der § 94 Abs. V—VIII d. revidierten Gemeindeedikts v. 1. Juli 1834.

[2]) Vergl. Motive z. preussischen Gesetz v. 20. Juni 1875; hier wird die Notwendigkeit betont, Institutionen zu schaffen, vermöge deren der Kirchenvorstand und ihre Mitglieder das sind, was sie sein sollen, nämlich wirkliche, von der Herrschaft des Klerus unabhängige und mit bestimmten Rechten und Pflichten ausgestattete Organe der Gemeinden.

§ 20.

3. Privatkorporationen und Privatpersonen.[1])

Wenn Private für das öffentliche Interesse bereits in zuverlässiger Weise sorgen, so kann sich der Staat damit begnügen, dieser Privattätigkeit eine entsprechende Entfaltung zu gewähren. Der Staat genügt dem öffentlichen Interesse ebensosehr durch Konzessionierung von Privateisenbahnen,[2]) Privatkrankenhäusern, Armenanstalten, Versicherungsanstalten, Lehranstalten, Pensions- und Unterstützungsanstalten, wie durch Errichtung staatlicher Anstalten gleicher Art. Wenn sich der Staat dabei das Aufsichts- und Ueberwachungsrecht vorbehält, so werden dadurch solche Privateinrichtungen noch nicht zu staatlichen und ihre Angestellten bleiben Privatangestellte ohne amtlichen Charakter. Sobald aber diesen Privatangestellten vom Staate Funktionen übertragen werden, die über den Privatzweck hinausgehen und sich schlechthin als staatspolizeiliche darstellen und sich nicht mehr nach privatrechtlichen, sondern nach öffentlichen Rechtsnormen richten, gewinnt die Tätigkeit dieser Angestellten einen öffentlich-rechtlichen Charakter, sie werden „Beamte". Aber gerade wegen der Wichtigkeit dieser Funktionen genügt der private Dienstvertrag[3]) allein nicht. Der Staat muss vielmehr auch hier zur Begründung der Beamteneigenschaft in irgend einer Weise mitwirken, sei es durch Verpflichtung, sei es durch Genehmigung usw. Der Erwerb der Beamteneigenschaft ist darum auch in den Fällen der Anstellung durch Private in letzter Linie auf den Staat zurückzuführen; und die „Anstellung" durch den privaten Dienstvertrag allein ist nur zu betrachten als der erste Teil der „Anstellung" im Sinne des § 359 oder besser gesagt, sogar nur als der Anstoss dazu. § 359 erfordert für die Beamtenqualität auch nur die Anstellung im Dienste des Reiches oder eines Bundesstaates. Hiezu ist aber keineswegs erforderlich die Bestellung durch den Staat, durch eine öffentliche, staatliche Behörde. Es genügt vielmehr, dass der Staat die von seiten einer privatrechtlichen Korporation oder einer Privatperson erfolgte Bestellung von zur Ausübung dem Staatsinteresse dienender Funktionen berufenen Personen seinerseits anerkennt und deren Dienstleistungen hierdurch staatliche Autorität verleiht.

So ist z. B. ein von einem Tierschutzverein mit Genehmigung der zuständigen Staatsbehörde angestellter Hundefänger ein Beamter. Der Hundefänger ist ein zur Vollstreckung polizeilicher

---

[1]) R I, 565, E II, 191, 307; VII, 210; XXX, 29. preuss. Forstdiebstahlgesetz § 23 ff. Haushofer, Grundzüge des Eisenbahnwesens S. 148.

[2]) Ideal gedacht! aus finanzpolitischen Gründen ist das System der Privateisenbahnen ja zu verwerfen. — [3]) E XXXI, 293.

Anordnungen berufener Vollziehungsbeamter; es kann ihm durch Gewalt Widerstand geleistet werden; der durch ihn erfolgten Beschlagnahme gegenüber ist Verstrickungsbruch möglich. Die Anstellung im allgemeinen Sinn erfolgt durch den betreffenden Tierschutzverein; die Anstellung im Sinne des § 359 liegt in der Genehmigung der zuständigen Staatsbehörde, in Preussen z. B. des Polizeipräsidiums. Die Hundefänger haben bekanntlich die mit einem sicheren Maulkorbe nicht versehenen Hunde wegzufangen. Ihre Tätigkeit dient somit dem Schutze des Publikums und der Erhaltung der Sicherheit auf öffentlichen Strassen. Da aber die Sorge für Ruhe, Ordnung und Sicherheit zu den Aufgaben des Staates gehört, so dienen die Hundefänger staatlichen Interessen und die Natur ihrer Tätigkeit ist eine öffentlich-rechtliche im Dienste des Staates. Somit sind die Hundefänger als Beamte im Sinne des RStGB. anzusehen.

Ferner sind die Angestellten von Privateisenbahngesellschaften, soweit sie bahnpolizeiliche Aufgaben zu erfüllen haben, Beamte im Sinne des RStGB. Gesetzlich ist diesen Personen eine polizeiliche Gewalt übertragen. Da aber alle Gewalt vom Staate ausgeht, so kann der Träger derselben sie nur im Dienste des Staates ausüben; er ist mithin hinsichtlich seiner bahnpolizeilichen Funktionen mittelbarer Beamter, wenn auch seine Person sonst als Privatperson anzusehen ist. Solchen Beamtenkategorien ist aber nur insoweit der amtliche Charakter beigelegt, als begrifflich die Grenzen der ihnen übertragenen, staatlichen Bahnpolizeigewalt reichen. Die Ausübung der Bahnpolizei ist nichts anderes als eine zu gewissen technischen Dienstleistungen hinzutretende Funktion: In jedem einzelnen Falle ist genau zu unterscheiden zwischen der Eigenschaft der betreffenden Person als öffentliches Organ der Bahnpolizei und ihrer Eigenschaft als Bediensteter einer Privaterwerbsgesellschaft. Und zwar gehören mit Notwendigkeit zum bahnpolizeilichen Aufgabenkreis alle Massregeln und Anordnungen, welche zur Sicherheit des Verkehrs und zur Aufrechterhaltung der Ordnung beim Transport von Personen und Gütern bestimmt sind.[1])

Ein Forstaufseher kann Beamter sein, auch wenn er nicht im Gemeindedienst, sondern nur von einzelnen Privatwaldeigentümern zum Schutze der Wälder angenommen ist. Erforderlich ist für den Erwerb der Beamteneigenschaft auch hier wieder die Mitwirkung des Staates. So genügt es z. B., wenn der Forstaufseher durch die zuständige staatliche Behörde verpflichtet oder vereidigt wird. Dann stehen ihm dieselben polizeilichen Funktionen zu wie den übrigen

---

[1]) E X, 328. Bahnpolizeireglement für die deutschen Eisenbahnen vom 4. I. 75; §§ 66, 68 Betriebsreglement für die deutschen Eisenbahnen vom 11. V. 74.

Forstschutzbeamten. Durch den Beeidigungsakt leiht der Staat den Funktionen des Forstaufsehers seine staatliche Autorität. Der Forstaufseher hat deshalb bei Ausübung seiner forstpolizeilichen Funktionen die Stellung eines Beamten im Sinne des RStGB.[1]) Den mit dem Forst- und Jagdschutz betrauten Personen ist übrigens noch ein ganz besonderer strafrechtlicher Schutz durch den § 117 RStGB. gewährt. Der Grund dafür liegt darin, dass diese Personen bei Handhabung ihres Dienstes bedeutend grösseren Gefahren als andere Beamte ausgesetzt sind.[2])

Ebenso kann ein Privatpostgehilfe Beamter sein. Notwendig ist nur, dass er mit ordnungsmässiger Genehmigung angenommen als „Bediensteter der königlichen Verkehrsanstalten und auf Erfüllung der durch den königlichen Dienst gebotenen Pflichten" beeidigt ist, und dass er mit Dienstesverrichtungen befasst wird, die ihrer Natur nach Bedeutung und Wirkung nur unter der Voraussetzung der Wahrnehmung durch einen öffentlichen Beamten gewinnen können. Falls der Vertrag zwischen dem anstellenden Expeditor und dem Privatpostgehilfen die Klausel „auf eigene Haft und Gefahr des Expeditors" enthält, so kommt dieser Klausel nur eine privatrechtliche, vermögensrechtliche Bedeutung zu. Der öffentlich rechtliche Charakter der Dienstführung wird dadurch in keiner Weise berührt.

Zum Schlusse ist hier noch kurz zu erwähnen, was eintritt, wenn die Anstellung von unzuständiger Seite ausgegangen ist. Hat eine zur Anstellung nicht zuständige Behörde oder Person „angestellt", oder fehlt es insbesondere an der etwa erforderlichen Genehmigung seitens des Staates, so liegt ein Beamtenverhältnis überhaupt nicht vor, und von Erwerb der Beamteneigenschaft kann keine Rede sein.[3])

3. Kapitel.

Die Angestellten.[4])

§ 21.

Was nun die Angestellten selbst anlangt, so können in der Person des Angestellten mancherlei Umstände auftreten, welche an sich geeignet sind, Zweifel an seiner Beamteneigenschaft aufkommen zu lassen.

---

[1]) Beamte sind alle staatlich verpflichteten Feldschutzbediensteten jeglicher Art: St. S. IV, 248; VII, 168, 415, Forstgehilfen sind Beamte: E VI, 400; XXX, 156. — [2]) E II, 169. — [3]) E XIV, 350; XXII, 39; R VI, 124.

[4]) OSt. S. III, 114, St. S. IX, 20; Rspr. V, 328; B.E. VIII, 172, B.E. III, 114, E. II 82. Oppenhof, Rspr. d. k. Ob.-Tribunals in Strafs. VI, 277, a. M. Gerichtssaal **27**, 401.

So ist zunächst die Frage zu beantworten, welche Wirkung der Mangel der vorgeschriebenen Qualifikation hat. Ist jemand „Beamter“, wenn er zwar angestellt ist, aber in Wirklichkeit seine persönlichen Eigenschaften nicht den gesetzlichen[1]) Erfordernissen entsprechen? Darauf ist zu sagen: einzig und allein die erfolgte Anstellung ist für die Beamtenqualität entscheidend; ist die Anstellung einmal erfolgt, so ist es für das Vorhandensein der Beamteneigenschaft ohne Belang, ob bei dem Angestellten alle Voraussetzungen tatsächlich zu treffen, durch welche die Qualifikation zur Erlangung des betreffenden Amtes bedingt war. Hat die Anstellung stattgefunden, so schliesst sogar der Umstand, dass der Angestellte zur Zeit nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte war, die Beamteneigenschaft nicht aus. Der Grund dafür liegt in der Autorität des Staates, die einen Widerspruch oder eine Zurechtweisung nicht dulden kann, ohne aufzuhören, Autorität zu sein. Wenn der Staat durch die Anstellung zum Ausdruck bringt: „Diese Person ist Beamter“, so liegt der Wille des Staates, dieser Person die Beamteneigenschaft zu verleihen, so klar zu Tage, dass er nur durch den ebenso bestimmt ausgedrückten, entgegengesetzten Willen des Staates wieder aufgehoben werden kann. Eine andere Frage natürlich ist es, ob der Staat in solchen Fällen nicht vielleicht gut daran tut, nachträglich die Beamteneigenschaft schleunigst wieder zu entziehen. Aber der einmal von der Staatsgewalt Angestellte muss auch als „Beamter“ bei Ausübung seiner Tätigkeit innerhalb seines amtlichen Wirkungskreises gegenüber etwaigen, hierauf sich beziehenden, strafbaren Angriffen geschützt sein. So kann z. B. auch ein Minderjähriger Beamter sein, auch wenn die Volljährigkeit eine Voraussetzung für die Erlangung des betreffenden Amtes bildet. Das ist nämlich dann der Fall, wenn der Minderjährige von der zuständigen Behörde angestellt ist, wobei sich die Behörde aus irgend einem Grunde über sein Alter im Irrtum befindet. Art. 119 des Forstgesetzes z. B. setzt zwar nach unten eine Altersgrenze für Forstbeamte fest, verbietet aber dem trotz deren Nichterreichung angestellten Forstbeamten nicht die Amtsausübung.

Der Mangel von persönlichen Eigenschaften, die der Anzustellende nach den massgebenden Bestimmungen besitzen muss, um anstellungsfähig zu sein, bleibt also, wenn die Anstellung seitens eines zuständigen Organes tatsächlich erfolgt ist, für das Vorhandensein der Beamteneigenschaft ohne Einfluss.

Eine weitere Frage ist die nach dem Geschlecht des Angestellten. Hierauf ist zu sagen, dass es auf das Geschlecht nicht ankommt. Die Personen, denen nach § 359 RStGB. Beamteneigenschaft zukommt, können männlichen oder weiblichen Geschlechtes

[1]) RG. I, 3. Juni 1880; E II, 82.

sein. Man denke nur an die zahlreichen weiblichen Hilfskräfte in der Schule, im Kranken- und Irrenhause, in Strafanstalten, im Post-, Telegraphen- und Telephonverkehr! In jedem Fall muss aber auch hier eine Mitwirkung des Staates bei der Anstellung vorliegen! Es kann darum auch die von einem Amtsvorstande als Hilfsbedienstete zugelassene Ehefrau eines Gefangenenwärters nicht als „Beamter" angesehen werden; der Amtsvorstand vertritt hier nicht den Staat; er allein kann die Anstellung nicht bewerkstelligen Die Entscheidung von OStS. III, 114, die in diesem Falle der Ehefrau eines Gefangenenwärters die Beamteneigenschaft zuspricht, erscheint sehr bedenklich, wenn nicht gar falsch, da sie eben dem Begriff der Anstellung widerspricht. Auch ein Rückschluss aus der Natur der tatsächlich geleisteten Dienste auf die Beamteneigenschaft ist hier nicht möglich. Denn der Wille des zur Anstellung berechtigten staatlichen Organs, der Ehefrau des Gefangenenwärters eine Amtsausübung zu übertragen, tritt in keiner Weise erkennbar hervor. Richtig dagegen ist Rspr. V. 328, wo der Ehefrau die Beamteneigenschaft im Falle bezahlter Dienstleistung zugesprochen wird. Denn wenn der Staat aus staatlichen Mitteln Dienstleistungen bezahlt, so tritt der Wille des Staates, dieser Frau die Beamteneigenschaft zu übertragen, klar zu Tage, so ist darin sogar eine Art von Mitwirkung bei der Anstellung zu erblicken, etwa stillschweigende Genehmigung oder Genehmigung durch konkludente Handlungen.

Die Ausländereigenschaft ferner ist ebenfalls ohne Belang. Ausländer können „Beamte" sein.[1]) Denn § 359 RStGB. stellt als positives Erfordernis für den Begriff des Beamten nur die Anstellung im Dienste „des Reiches oder eines Bundesstaates" auf. Deshalb fallen ausländische Beamte auch dann nicht unter § 359, wenn sie im Inlande mit Erlaubnis einer inländischen Staatsbehörde ihren Amtssitz haben. So ist z. B. der belgische Generalkonsul in München wohl Beamter des Königreichs Belgien; das Beamtenstrafrecht des deutschen Reichsstrafgesetzbuches dagegen kann auf ihn nicht angewendet werden. Ebenso fallen ausländische Beamte, die als deutsche Reichsangehörige im Auslande wohnen und nach § 2 des Gesetzes vom 7. April 1900 der deutschen Konsulargerichtsbarkeit unterworfen sind, nicht unter § 359.

§ 22.

Notare, Advokaten und Anwälte.

Eine spezielle Bestimmung des § 359 RStGB. bedarf an dieser Stelle noch einer näheren Betrachtung. § 359 bestimmt nämlich ausdrücklich noch, dass unter „Beamten" auch Notare, nicht aber Advokaten und An-

[1]) Vergl. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutsch. Strafrechts. Bd. 2, S. 383. Stuttgart OLG. 8. II 1890 Goldammers Archiv **40**, 59.

wälte zu verstehen seien. Man fragt sich unwillkürlich, was hat wohl den Gesetzgeber veranlasst, diese ausdrückliche Bestimmung zu geben? Gemäss den Motiven geschah es „aus redaktioneller Zweckmässigkeit und behufs Beseitigung von Zweifeln, die sich in der Rechtsausübung geltend gemacht haben". Für die Notare ist die Bestimmung wohl notwendig, da ihre staatsrechtliche Stellung in den einzelnen deutschen Staaten sehr verschieden gestaltet ist. In Bayern allerdings ist die Bestimmung jetzt überflüssig geworden: nach geltendem bayrischem Rechte sind die Notare ohnehin schon Beamte.[1])

Advokaten kommen jetzt überhaupt nicht mehr in Betracht. Es gibt allerdings noch ältere Advokaten, doch hat das heutzutage wohl nur mehr die Bedeutung eines Titels.

Anders liegt die Sache bei den Anwälten. § 31 RStGB. bemerkt, dass unter öffentlichen Aemtern im Sinne dieses Strafgesetzes auch die Anwaltschaft mitinbegriffen sei. Auf Grund dieses § 31 hätten somit wohl Zweifel aufkommen können, ob die Rechtsanwälte nicht etwa als „Beamte" zu betrachten wären. Sie sind es aber in Wirklichkeit nicht, da ein wichtiges Erfordernis des Beamtenbegriffs bei ihnen fehlt: „die Anstellung". Der Rechtsanwaltsberuf ist durch die Rechtsanwaltsordnung grundsätzlich freigegeben. Unter gewissen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf Zulassung zu diesem Beruf. Es kann also von Anstellung, die auf einem freien gegenseitigen Vertrage beruht, nicht mehr die Rede sein. Um aber Zweifel zu verhüten, hat der Gesetzgeber die Anwälte ausdrücklich aus dem Kreise der Beamten im strafrechtlichen Sinne ausgeschlossen. Die Anwälte sind also keine „Beamten", wohl aber Träger eines „öffentlichen Amtes", ein Beweis wiederum dafür, dass sich die Begriffe „Beamter" und „öffentliches Amt" nicht decken. Obwohl nun § 359 den Anwälten die Beamteneigenschaft abspricht, so legt ihnen doch § 356 RStGB. für den hier behandelten Fall der Prävarikation „amtliche Eigenschaft" bei. Diese auffallende Erscheinung ist nichts anderes als ein Nachklingen von Rechtssätzen älterer Partikularrechte, in denen in der Tat Advokaten und Anwälte als Beamte behandelt wurden. So war z. B. in der Friedericianischen Zeit der freie Anwaltsberuf ganz beseitigt und durch reine Beamte, sog. „Assistenzräte" ersetzt worden. Und später wurden dafür „Justizkommissarien" eingerichtet, die ebenfalls noch als staatlich angestellte Beamte anzusehen waren.

---

[1]) Notariatsgesetz vom 9. Juni 1899. Art. 648.

3. Abschnitt.

§ 23.

Beendigung der Beamteneigenschaft.

Nur der Vollständigkeit halber soll noch mit wenigen Worten von der Beendigung der Beamteneigenschaft die Rede sein, da dieses Thema fast vollständig in das Gebiet des Staatsrechts gehört.

Der wichtigste und wohl häufigste, zugleich aber auch selbstverständliche Beendigungsgrund für die Beamteneigenschaft ist der Tod des Beamten. Daran reiht sich der Untergang des Amtes. Wenn der Staat ein Amt aufhebt, so erklärt er damit die mit dem bisherigen Amte verbundene Tätigkeit als nicht mehr in seinem Interesse gelegen, nimmt dieser Tätigkeit also die öffentlich-rechtliche Natur. Damit ist auch die Beamteneigenschaft vernichtet. Einen weiteren Grund für die Beendigung der Beamteneigenschaft bildet der Verlust des Amtes. Dieser Verlust kann nun wieder auf verschiedene Weise eintreten. Die Regel bildet wohl die Versetzung in den Ruhestand; ein pensionierter „Beamter" steht nicht mehr im Dienste des Reiches oder eines Bundesstaates, ist sohin auch nicht mehr Beamter im Sinne des § 359 RStGB. Auch mit der Niederlegung des Amtes endigt regelmässig die Beamteneigenschaft. Der Umstand, dass zur Zeit der Niederlegung diese oder jene fällige Verpflichtung der das Amt niederlegenden Person noch nicht erfüllt ist, ist dabei nicht von Bedeutung. Dadurch, dass z. B. einem Gemeindeeinnehmer[1]), der sein Amt niedergelegt hat, hinsichtlich der von ihm gelegten Gemeinderechnung noch keine Entlastung erteilt und seine Verpflichtung, die Gemeinderechnung vorschriftsmässig dem Gemeindevorsteher zur förmlichen Abnahme zu übergeben, noch nicht erfüllt ist, wird eine Fortdauer der Beamteneigenschaft nicht begründet. Auch zur Strafe kann die Beamteneigenschaft verloren gehen. Das ist der Fall bei der Entlassung aus dem Dienst im Disciplinarwege und bei Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bezw. bei Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter.[2])

Nach § 33 RStGB. tritt mit der Rechtskraft eines auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte lautenden Strafurteils der dauernde Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter ein. Interessant ist, dass die Wirkung des Amtsverlustes einzig und allein an den Eintritt der Rechtskraft des Urteils geknüpft ist. Wenn daher im Wiederaufnahmeverfahren das frühere Strafurteil aufgehoben und auf Freisprechung erkannt wird, so wird dadurch die durch das frühere Strafurteil eingetretene Wirkung des Amtsverlustes nicht wieder aufgehoben.

[1]) RG. IV, Str. S. 17. Jan. 1902. — [2]) RStGB. § 35 Abs. 2.

Anhang.

Es kann an dieser Stelle nicht Aufgabe sein, die „Beamten“ nach reichsrechtlicher, bayerischer, preussischer Praxis u. s. w. aufzuzählen und Oppenhoffs (siehe Noten zu § 359) Danaidenarbeit weiter zu führen. Nur eine kleine Auswahl von interessanten Entscheidungen soll noch angefügt werden.

Beamte im Gemeindedienst:

städt. Gasanstaltsdirektor E I, 153,
städt. Bezirksvorsteher E III, 420,
städt. Wagmeister E XVIII, 37,
städt. Palier OStS. I, 560,
städt. Wagmeister StS. III, 363; OStS. IV, 190,
Pflasterzolleinnehmer StS. IV, 212,
Gemeindebeamte im allgemeinen Sinn StS. V, 151,
Landbürgermeister StS. III, 53,
Gemeindeausschussmitglieder als Kassenverwalter E VIII, 29,
Gemeindeausschussmitglieder als Verwalter und Vertreter sonstiger Gemeindevermögen StS. IV, 151, E XVIII, 391,
bayer. Stadtschreiber RG. 1, 7. November 1881,
Markt- und Gemeindeschreiber StS. VII, 245; OStS. IV, 586,
Gemeindediener E IX, 409; StS. IX, 245, OStS. I, 120; II, 519,
Gemeindenachtwächter E IX, 410,
Flurwächter OStS. I, 407,
Strassenwärter OStS. I, 99; VIII, 40,
Schleusenmeister E XIV, 345,
Fleischbeschauer E XIX, 180,
bayer. Leichenschauer E XVII, 406.

Beamte im Forstdienst:

Funkt. Forstgehilfe RG. I, 3 Juni 1880,
vereidigter Privatforstaufseher E IV, 214,
vereidigter Privatförster E VII, 210,
Hofjagdbeamte E XII, 419.

Beamte im Verkehrsdienst:

Bahnwärter RG. III, 10. April 1880,
preuss. Schaffner als Beamter in Lippe-Detmold RG. III, 17. Jan. 1887,
Schaffner R. IX, 59,
Stationsdiener als Bahnpolizeiorgane OStS. II, 143,
Bauführer einer Bahnbausektion StS. VI, 588.

Beamte öffentlicher Korporationen:

Küster einer evangelischen Kirchengemeinde E XIII, 432,
Rendanten einer katholischen Kirchengemeinde E III, 258, R. VI, 418,
Rendanten in einer evangelischen Kirchengemeinde E XIV, 130,
Rendanten einer Schulgemeinde E IV, 379,
Ordenspersonen als Vorsteher eines Gemeindehauses OStS. VII, 528,
Mitglieder der Sparkassenverwaltung E VI, 247,
Mitglieder eines zur Abgeordnetenwahl berufenen Wahlvorstandes O. IX, 394, 604,
Mitglieder der Voreinschätzungskommission E XXXVIII, 235,
Beamte der Landwirtschaftskammern RG. IV Z. S. 22. Juni 1899,
Vorsteher der Kaufmannschaft in Stettin RG. III Z. S. 14. Jan. 1902,
Techniker des bayer. Dampfkesselvereins E XIX, 184.

Literatur.

Bahnpolizeireglement für die deutschen Eisenbahnen v. 4. Jan. 1875.
Beling, Grundzüge des deutschen Strafrechts,
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1898.
Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1885.
Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Leipzig 1905.
Denkschrift in den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1899/1900 Beilagen, Band 2, Beilage Nr. 218.
E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Forstdiebstahlgesetz, preussisches.
Frank, Strafgesetzbuch 1901.
Freytag, Das Kommunalbeamtengesetz, 2. Auflage 1905.
Gefängnisordnung vom 31. Dez. 1898.
Goltdammer's Archiv.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1887.
Haushofer, Grundzüge des Eisenbahnwesens.
Hecker, Gerichtssaal 31.
Henle & Schierlinger, Das Strafgesetzbuch 1895.
Hinschius, in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts IV, 497: über die Verbrechen der Religionsdiener.
Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, 3. Bd. 1874.
Klaunig, Das preussische Volksschulwesen.
Laake, Die Schulaufsicht.
Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches, 3. Auflage.
Lehmann, H. O., Rechtsschutz gegenüber Angriffen von Staatsbeamten nach altfränkischem Recht, 1883.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1903, 12. und 13. Auflage.
Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts 1907.
Meves, in v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen III, 916, IV, 338.
Meves, Gerichtssaal **39**, 216.
Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.
Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, Berlin, Juli 1869.

O = Oppenhoff, Rechtsprechung des königlichen Obertribunals in Strafsachen.
OStS. = Sammlung von Entscheidungen des Oberlandesgerichts München in Gegenständen des Strafrechts und des Strafprozesses.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Auflage 1906.
Oppenheim, Die Rechtsbeugungsverbrechen des Reichsstrafgesetzbuches.
Oppenhof, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1896.
RG. v. StS. = Entscheidungen der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts, zitiert nach E = Entscheidungen oder R = Rechtsprechung.
RG. I, II, III, IV = Entscheidungen des 1. 2. 3. 4. Strafsenats des Reichsgerichts.
Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871.
Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873.
Rüdorff-Appelius, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Guttentag, Berlin 1903.
Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1892,
StS. = Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses.
Schulbedarfsgesetz vom 20. Juli 1902.
Seuffert H., Wörterbuch des Verwaltungsrechts (herausgegeben von Stengel) I, 47.
Seuffert H., Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung (herausgegeben von Liszt) I, 66.
Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft. = Stgl.
Zucker, Amtsverbrechen, 1870.